# GŁOS
# NACZELNEGO PROKURATORA
## IX DEPARTAMENTU SENATU
### czytany 1 (13) Września 1871 r.
### z powodu rozpoczęcia roku sądowego.

Dostojni Panowie!

Rozpoczynający się dziś rok sądowy, trzydziestym jest od owéj chwili, gdy Rządzący Senat spełniać zaczął, swe ważne a trudne zadanie, wymiaru sprawiedliwości w ostatniéj instancyi. Lat 30, to w życiu prywatném czas wystarczający na zmianę całéj generacyi. W życiu przecież Instytucyi, do ostatecznego rozpoznawania sporów przeznaczonéj, czas taki jeszcze niewystarczą, do zbadania wszystkich zalet i stron ujemnych Organizacyi, oraz do usunięcia licznych wątpliwości w stosowaniu prawa. Jakakolwiek jest przyszłość naszéj Instytucyi: czy przy zaprowadzeniu zmian w sądowym porządku, zmienioną, przeistoczoną, lub zachowaną zostanie, zawsze ubiegłe lata świadczyć będą, o sumiennéj a użytecznéj pracy, o poszanowaniu prawa i nauki.

Wszystkie prawie oddziały obowiązującego prawa Cywilnego, Handlowego oraz Procedury Sądowéj, znalazły tu

swe zastosowanie, lecz nie wszystkie równie często. Coroczne sprawozdania, zwykły dawać przybliżony obraz w téj mierze. Z nich właśnie powziąłem przekonanie, że sprawy, gdzie stosować przepisy o Sądach polubownych przychodzi, były i są w Senacie, daleko częstsze, niżby to z pokojowego przeznaczenia Sądów tego rodzaju, wnosić wypadało; owszem spory podobne, wielokrotnie do téj Najwyższéj Sądowéj Władzy przychodziły i ciągle przychodzą. Okoliczność ta, skłania mnie, do wypowiedzenia pobieżnych uwag, jakie ta instytucya nastręcza, a naprzód zacznę od rysu wiadomości historycznych.

W pierwotnych czasach, jak tylko zamiast użycia siły, zaczęto uciekać się do bezstronnego poglądu trzeciej osoby, liczne spory pomiędzy zwaśnionemi, zwykli byli rozpoznawać krewni, przyjaciele, albo sąsiedzi. Bez względu na prawidłowe urządzenie zwykłego Sądownictwa, wszędzie polubowne Sądy były znane, większéj lub mniejszej opieki prawa doznając.

Już w Grecyi, Prawo *Solona*, dozwalało Sądów polubownych, a nawet przywiązywało do ich wyrzeczeń, moc ostatecznego wyroku. Byli także w Atenach, inni arbitrowie, mający charakter publiczny. Wybierano ich losem, ale wyroki przez nich wydawane, podlegały appellacyi. I jedni i drudzy, wykonywali pierwéj przysięgę na obowiązki, a podlegali infamii, gdyby raz przyjąwszy mandat, odmawiali potem rozsądzenia sporu, albo gdyby wyrokowali stronnie. Stanowili przed zachodem słońca, w Świątyni, albo innem publicznem miejscu. Podług twierdzenia Arystotelesa, arbiter równał się ołtarzowi, bo był przytułkiem strapionych. I w Sparcie, jak podaje Plutarch, Arbitrowie sądzili w Świątyniach, a od stron przyjmowali przysięgę na to, że się ich wyrzeczeniu poddadzą

U Rzymian prawo XII tablic, obejmowało rozporządzenia, podobne do prawa Solona. Prawo to, znało także Arbitrów, wyznaczonych przez Pretora, szczególniéj w sporach granicznych; a przedajnych Sędziów polubownych

miecią karano. W czasach późniejszych, rozszerzyły się pojęcia o Sądach polubownych. W Rzymie, znani byli:

1. *Arbiter Compromissarius*, którego strony wybrały przez akt, zwany kompromisem, któremu nadały władzę rozsądzenia sporu i poddały sie jego wyrzeczeniu, pod zastrzeżeniem kary umównéj, w razie niezastosowania się do wyroku.

2. *Arbiter juratus*, wybrany choć bez kompromisu, ale z zaprzysiężeniem obowiązku wykonania jego wyroku.

3. *Arbiter ex nudo pacto*, wybrany bez kompromisu i przysięgi, którego wyrzeczenie, stawało się ważnem, skutkiem następnego zgodzenia się stron, wyraźnego albo milczącego, przez upływ dni 10. Justynian wszakże (w 82 Nowelli) zniósł ten sposób załatwiania sporów, wymagając zawsze poprzedniego zapisania się na kompromis.

Znany był także Arbiter *sententia judicum constitutus* to jest mianowany wyrokiem Sądowym, był on wszakże więcéj biegłym jak właściwym Sędzią; a gdy sądził w sprawach tak zwanych *bonae fidei* albo *arbitrariae*, mógł opierać się na słuszności a nie na ścisłem prawie.

Prawa Anglo-Normandzkie, prawie całkiem powtórzyły rozporządzenia Digestów o kompromisach.

Zwyczaje Normandzkie wymagały, aby udział córek w spadku rodzicielskim, oznaczony był przez krewnych, wybranych przez strony.

We Francyi, pierwszą urzędową wzmiankę o Sądach polubownych, natrafiamy w statucie z 1204 r. wydanym w Montpellier, chociaż sama instytucya, była niewątpliwie znacznie wcześniejszą. Ordonansa z 1363 r. zabraniała appellacyi od wyroków polubownych, któréj znowu prawa z 1510, i 1560 dozwoliły, ale dopiero po uczynieniu zadość wyrokowi. W tym ostatnim roku, zaprowadzono także Sądy polubowne konieczne między kupcami, oraz w sporach o podział spadku i rachunki z opieki. Wrazie niezgodzenia się na Arbitrów, Sąd ich wyznaczał. Toż samo Ordonansa z 1673 r. stanowiła względem spółek handlowych. Prze-

pisy wszakże w materyi Sądów polubownych, były dość szczupłe.

Encyklopedyści XVIII wieku, uznawali sposób kończenia sporów drogą polubowną, za najlepszy dla dobra powszechnego. Pod ich wpływem, zgromadzenie Ustawodawcze z 1791 r. uchwaliło, że gdy Sądy polubowne są najrozsądniejszym środkiem załatwiania sporów między obywatelami, prawodawcy niepowinni wydawać żadnych rozporządzeń, zmierzających do zmniejszenia dobrodziéjstwa i skuteczności tych Sądów. Jeszcze pierwéj, prawém z 24-go Sierpnia 1790 r. zaprowadzono Trybunały Familijne, czyli Sądy polubowne konieczne, złożone z krewnych, przyjaciół lub sąsiadów, dla rozpoznawania wszelkich sporów między małżonkami, oraz między krewnemi, do stopnia wuja i siostrzeńca włącznie. Konwencya do ostatnich granic, posunęła uprzedzenie swe na korzyść Sądów polubownych. Niezawiśle od Arbitrów publicznych, wybieralnych przez Zgromadzenia wyborcze, mających stanowić w ostatniéj instancyi bez kosztów i procedury, prawem z 1793 r. narzucony został stronom, obowiązek wybrania sobie Arbitrów, w sporach pewnego rodzaju. Tu należały spory, o prawa dzieci naturalnych, spory odnoszące się do dóbr narodowych, wreszcie spory, wynikające z zastosowania nowego prawa o darowiznach i testamentach. Podług prawa z 1793 roku, wyroki polubowne, miały być ostateczne, o ile możność appellacyi nie została wyraźnie zastrzeżoną.

Doświadczenie wszakże, wykryło liczne niedogodności i wady nowego systematu prawodawstwa. Arbitrowie, obcy znajomości prawa, lekkomyślnie rozrządzali cudzą własnością. Samowolność, zajęła miejsce podstaw prawnych, a wymiar sprawiedliwości, przez dwa lata, więcéj zażaleń spowodował, niżeli wszystkie nadużycia, za dawnego rządu, wydarzyć się mogące. Smutne rozczarowanie, wywołać musiało reakcyę przeciwko nowym zasadom, i stopniowo z pod jurysdykcyi polubownéj, usuwano coraz więcéj sporów. Na-

przód zniesiono przymusowe Sądy polubowne, w sporach o darowizny i testamenta. W 1796 roku zniesione zostały Sądy Familijne i wszelkie Sądy polubowne konieczne. W dwa lata potem, Rada Pięciuset przyjęła wniosek, znoszący nawet Sądy polubowne dobrowolne, ale Rada Starszych odrzuciła go, nie bez pewnej oppozycyi.

Gdy projekt dziś obowiązującego Kodexu P. S. z 1806 r. przyszedł pod rozpoznanie władz prawodawczych, Sądy polubowne konieczne, całkiem pominięto, a nawet znaleźli się przeciwnicy Sądów polubownych dobrowolnych, którzy zupełnie ten przedmiot, chcieli z pod przepisów prawa, usunąć. Między innemi, Radca Stanu, *Monnier* utrzymywał, że wyroki polubowne są satyrą pko sprawiedliwości i przytaczał, że prawo niepowinno się wcale zajmować kompromisami, owszem wypada zobowiązać obywateli, aby za swych Sędziów, uznawali tylko przedstawicieli prawa. Przeważyło wszakże zdanie przeciwne, dozwalające kompromisu w zasadzie, a przepisy o Sądach polubownych, weszły w skład Kodexu Postępowania Sądowego, zajmując w nim księgę III-ą części 2-ej i składają się z 26 artykułów.

Główniejsze zasady tego kodexu, mającego i u nas dotąd moc obowiązującą, są następujące.

W zasadzie,, wszyscy zapisać się mogą na Sąd polubowny. Są przecież liczne wyjątki od téj zasady, wynikające albo z niezdolności któréj ze stron, albo z natury samego sporu. Kompromis, powstać może tylko z mocy aktu ważnego, sporządzonego na piśmie, z oznaczeniem przedmiotu sporu i wskazaniem Sędziów, których władzę, gdyby nie była inaczéj oznaczoną w akcie, prawo ogranicza do 3-ch miesięcy obowiązując zarazem do stosowania form i zasad prawa, oraz dozwalając appellacyi. Przyjęcie przymiotu Sędziego, nie jest obowiązkowem, lecz po rozpoczęciu czynności, zrzekać się go bez prawnéj przyczyny, niewolno. Kompromis, prócz przypadku upływu terminu, oraz przeszkód ze strony Sędziów, albo stron w processie będących, kończy się także w razie

wynikłéj równości zdań. Temu przecież zaradza pospolicie przybranie Superarbitra, którego zadaniem jest, przyłączyć się do zdania jednego z Sędziów. Wyrok polubowny, podpisany przynajmniéj przez większość, składa się, dla zaopatrzenia go klauzulą exekucyjną, Prezesowi tego Trybunału, w którego jurysdykcyi wydany. Prócz appellacyi i restytucyi, przeciwko wyrokom polubownym, służy jedna jeszcze, co do nich wyłącznie dopuszczalna droga, działania o odjęcie klauzuli exekucyjnéj, w pięciu, Artykułem 1028 K. P. S. przewidzianych przypadkach, które przecież wszystkie, dadzą się określić ogólnem wyrażeniem: gdy sądzono bez ważnego kompromisu, albo bez zachowania formalności prawnych.

Przeciwko trafności wielu z tych przepisów, liczne odzywały się głosy. Szczególniéj, można zarzucać dzisiejszemu kodexowi, otwarcie zbyt obszernego pola pieniactwu, zbyteczne ścieśnianie możności korzystania z Sądów polubownych, wreszcie wadliwość przepisów o Superarbitrze, który postawiony między dwiema ostatecznościami, musi niekiedy, wbrew swojemu przekonaniu wyrokować.

Sądy polubowne konieczne, nanowo zaprowadzone zostały we Francyi, Artykułem 51 K. H. ale jedynie w sporach ze spółek handlowych, pomiędzy wspólnikami wynikłych.

Z zaprowadzeniem w 1808 r. Kodexu Handlowego, przepis ten otrzymał u nas moc obowiązującą. We Francyi wszakże, prawem z 17 Lipca 1856 r. zniesionym już został.

Zaprowadzenie u nas, prawa pisanego o Sądach polubownych, nie było wcale pierwéj nieznaną nowością. Liczne dokumenta, z odległéj nawet pochodzące epoki, dostarczają przekonania, że skłonność do załatwiania sporów, za pomocą uproszonych osób, zwanych *Jednaczami*, była dość upowszechnioną. Szczególniej spory działowe, często w téj drodze, załatwiane bywały. Pierwszy wszakże urzędowy ślad prawodawczy w tym przedmiocie, natrafiamy dopiero w Statucie Łęczyckim z 1418 r. Statut Litewski daleko

pełniejsze zawierał przepisy, odnoszące się do Sądów polubownych, zwanych także Kompromisarskiemi. Stanowił on wyraźnie w Rozdziale IV § 25, że o wszelką sprawę o dziedzictwo, wolno się poddać Sądowi Kompromisarskiemu, lecz zarazem, nieważnemi czynił, postanowienia Sądów tego rodzaju, wbrew prawu zapadłe. Dopiero konstytucya z 1776 r. nadała Sądom Kompromisarskim, moc rozpoznawania spraw, które po przyjacielsku kończyć się mogą, niewyłączając nawet spraw ziemskich, i niedozwalała appellacyi. Dlatego rezolucya Rady Nieustającéj z 3-go Października 1777 r. uznała, że kompromisa, przed rokiem 1776 zapadłe, niewiążą obywateli. W Sądach Kompromisarskich, opartych na piśmienném zapisaniu się poprzedniem, zachowywane były główne formy tego Sądu, w zastępstwie którego działano, zaś exekucya wyroków tego rodzaju, powierzoną była tym jurisdykcyom, które Najwyższéj Instancyi, wykonywały wyroki.

I w Cesarstwie, Sądów polubownych, niemożna poczytywać za nowość w tym dopiero wieku wprowadzoną. Już w Ruskiéj Prawdzie są ustępy, które podług zdania niektórych uczonych prawników, każą się domniemywać, że polubowne załatwianie sporów, nie było już wtedy obce mięszkańcom ówczesnéj Rusi. Pomniki piśmienne z XIV. XV. i XVI. wieku, dobitnie wykazują ślady rozpoznawania sporów tą drogą. Ujęcie wszakże przepisów w téj mierze, w pewną systematyczną całość, nastąpiło dopiero z chwilą zaprowadzenia tak nazwanego Ułożenia Cara Aleksieja Michajłowicza z 1649 roku, gdzie cały Rozdział IV jest im poświęcony.

Liczne przepisy, przez pózniejszych Monarchów wydane, rozszerzyły zakres działań Sądów polubownych. Szczególniéj zaliczać tu należy prawo z 1831 roku, którem na wzór ówczesnych przepisów prawa Francuzkiego, zaprowadzony został w pewnych razach, Sąd polubowny konieczny (узаконенный)

Zbiór praw (Swod Zakonow) pomieścił w systematycznym sposobie, liczne przepisy, odnoszące się tak do Sądów polubownych dobrowolnych jako i do Sądów polubownych koniecznych; zowiąc jedne i drugie, Sądami osób trzecich (третейскіе суды).

Niebędę się wszakże zastanawiać bliżéj nad szczegółami tych rozporządzeń, gdyż nowe prawo, mianowicie Ustawa Sądowa z dnia 20 Listopada 1864 r. zaprowadziła znacznie odmienne, pełniejsze, a częścią na innych podstawach, spoczywające przepisy. W przepisach tych, 34-ma Artykułami objętych, widziemy naprzód zniesienie Sądów polubownych koniecznych, obok uproszczenia form postępowania, w stosunku do dobrowolnych Sądów polubownych.

Podług tych przepisów, każdy mogący rozporządzać swą własnością, może zapisać się na Sąd polubowny, złożony z większéj lub mniejszéj ilości Sędziów, w liczbie nieparzystéj mających głosować. Wyłączone zostały jedynie spory, odnoszące się do stanu osób, albo do praw nieletnich, interesów skarbu albo gmin, lub wreszcie odnoszące się do pewnych czynów przestępnych. Niezbędnym warunkiem przy zapisaniu się na kompromis, jest oznaczenie dokładne stron, pośredników, (czyli Sędziów), przedmiotu sporu, oraz czasu, w jakim Sąd ma swą czynnosć odbyć, a który samo prawo, w braku oznaczenia przez strony, do 4-ch miesięcy ogranicza. Wypadki możności wyłączania Sędziego polubownego, są bardzo ograniczone i odnoszą się głównie do zmian stosunku Sędziów, do stron w processie będących, o ile takowe, już po zapisaniu się na kompromis, zaszły. Spory o wyłączenie Sędziów, podług wysokości przedmiotu, rozpoznaje właściwy Sędzia Pokoju, albo Sąd Okręgowy. Kompromis kończy się: zgodą stron, śmiercią któréj z nich, wyniknięciem przestępnego czynu, ubytkiem Sędziego i upływem terminu. Wybrani pośrednicy, wcale nie są obowiązani, stesować się do form przez prawo w postępowaniu przed Sądami wskazanych, i stanowią podług sumienia, po naradzie poprzedniéj,

prostą większością i bez appellacyi. Wyroki, mieszczą komparycyę, motywa i podpisy przynajmniéj większosci Sędziów. Ogłaszają się stronom w ciągu tygodnia i składają się w tym Sądzie, jaki do rozpoznania samego sporu byłby właściwym, a w obrębie którego zapadły. Sąd, któremu wyrok złożony, kieruje zarazem jego wykonaniem. Gdyby Sąd polubowny działał nad zakres służącéj mu władzy, albo nieważnie, to jest wbrew zapisowi, można podać stosowną prośbę w ciągu miesiąca, z dodaniem czasu na odległość, przed Sąd właściwy.

Z tego krótkiego przeglądu głównych przepisów nowéj Ustawy, widziemy, że ona, lubo w wielu zasadach, podobna do obowiązującego prawa we Francyi, mieści wszakże w sobie liczne a ważne ulepszenia, do większéj skuteczności Sądów polubownych i do zmniejszenia sporów przed Sądami zwykłemi, zmierzające. I nic w tém dziwnego, bo nowi prawodawcy troszczyli się o uniknięcie tych stron ujemnych, jakie długoletnie doświadczenie wykryło, i oprócz znajomości miejscowych stosunków, mieli wzory, czerpane z wielu obcych prawodawstw postępowych, do jakich rzędu liczy się procedura Genewska. Umieli także korzystać z uwag nad procedurą Francuzką poczynionych przez światłych prawników, jakiemi byli Bellot, Seligman, Bordeaux, i wielu innych.

Zastanawiając się nad Sądami polubownemi, jako instytucyą sądową, uznanie u władzy mającą, niemożemy pominąć, że miały one i mają dotąd licznych przeciwników. Już Seneka utrzymywał, że najczęściéj uciekano się do Sądów tego rodzaju w złych sprawach; bo Sędzia zwyczajny musiał się ściśle trzymać surowości prawa, gdy przeciwnie Arbiter, mógł się powodować także względami ludzkości i współczucia. Cycero podobnież objaśnia, że za jego czasów, pospolicie udawano się do Sądów polubownych, w tém przewidywaniu, że choć nie wszystko się otrzyma, ale i nie wszystko się straci. Pomijając już przywiedzione wyżéj zdanie Radcy Stanu Monnier, mocno za zniesieniem Sądów

polubownych obstającego, i dziś jeszcze liczni pracownicy na polu naukowo-prawném, są przeciwnikami Sądów polubownych w zasadzie. Upatrują w nich, wyjście ze zwykłego biegu sprawiedliwości, a obok tego lękają się niewiadomości, samowolności, a nawet i stronności Sędziów polubownych. Wady przecież tego rodzaju, polegające na ujemnej stronie sądzących, wady zresztą, od których i zwykłe Sądy, jako złożone z ludzi, nie zawsze są wolnemi, w niczem nie mogą osłabić poszanowania dla instytucyi, która w każdym razie, tyle błogich następstw wydała i codziennie wydaje. Prawda, że Sędziom polubownym, zwłaszcza jeżeli wybrani zostali nie z rzędu prawników z powołania, zbywać może na należytem wykształceniu prawném. Ta przecież ujemna ich strona, wynagradza się często specyalnemi wiadomościami technicznemi, lub gospodarskiemi, które znowu niezawsze dla zwyczajnych Sądów, są przystępne. W każdym razie, najmniéj narzekać może na złe wyrzeczenie Sądu polubownego, ten kto jest sądzony, przez osoby ze swego wyboru powołane. Spory szczególniéj familijne, działowe, spółkowe, i dzierżawne, oraz wszystkie wymagające wyjawienia drażliwych stosunków, udania się na miejsce sporu, albo rozwlekłego postępowania, najbardziéj nadawać się zwykły do Sądów tego rodzaju: jakoż w sporach podobnych, w najczęstszem bywają użyciu.

W jakimkolwiek przecież sporze, poddadzą się dobrowolnie strony Sądowi polubownemu, dojdą pospolicie do zgody, albo do wyroku, rozstrzygającego spór stanowczo i prędko, prawie bez kosztów, a zwykle bez pozostawienia śladów niechęci pomiędzy zwaśnionemi. Unikną zatém rozlicznych przykrości, obok oszczędzenia sobie czasu i kosztów. W każdym razie, wybór osób zaufanych i uniknięcie rozgłosu o sporze, wielki ma urok dla sądzonych. Codzienna praktyka przekonywa nas o téj prawdzie. Mała tylko część sporów, z liczby już załatwionych w drodze polubownéj, wywołuje potrzebę nowych rozpraw sądowych, lecz i z tych często, polubowne wyroki, zwycięzko wychodzą. Wszystko więc przemawia

za utrzymaniem w zasadzie, Sądów polubownych dobrowolnych.

Sądy polubowne konieczne, do liczniéjszych daleko zarzutów, otworzyły pole. Jeszcze gdy dzisiéjszy kodex Handlowy, był tylko projektém, wiele Rad Handlowych miejskich, nadesłało uwagi przeciwne Artykułowi owego projektu, mieszczącemu ustanowienie Sądów polubownych koniecznych dla sporów spółkowych. Szczególniéj Rada miasta Bordeaux, przytaczała trudność w nominacyi Arbitrów, zwłaszcza gdy wielu jest wspólników, niemniéj trudność w pozyskaniu wyroku, oraz obawę zmownych działań i szykan, przedłużenie sporu na celu mających. W Radzie Stanu, były także liczne głosy za zupełném usunięciem Sądów polubownych koniecznych. Utrzymał się wszakże w tym szczególe projekt, głównie z uwagi na uznawaną wtedy potrzebę, usunięcia stosunków spółkowych, z pod zbytecznéj jawności.

Doświadczenie, doprowadziło do przekonania, że korzyści osiągane z Sądów polubownych koniecznych, niezrównoważą ich ujemnéj strony. Rzeczywiście, jak przez długie lata we Francyi i innych krajach, tak i u nas, przy złéj woli, choć jednego wspólnika, Sąd polubowny konieczny, niedając w niczém rękojmi większéj bezstroności i znajomości rzeczy od zwyczajnych Sądów, służy za pole do zwłoki w wymiarze sprawiedliwości. Wielokrotnie, z oburzeniem prawie na duch pieniactwa, przychodzi nam rozpoznawać spory, o skład Sądu polubownego, po których, jeszcze przychodzą skargi na wyroki, w samym przedmiocie sporu stanowiące. Sam widziałem przykład, że dopiero po upływie lat 10, dowiedziały się nareszcie strony, kto ma ich w pierwszéj instancyi osądzić. Wszakże i po wyroku ostatecznym, jeszcze wola jednego z Arbitrów, udaremnić jest zdolną długoletnie stron starania, do ustalenia składu Sądu zmierzające. Taki stan rzeczy, zwłaszcza u nas, gdzie są aż trzy instancye sądowe, wielce jest uciążliwy, dla tych wszystkich, którzy do rychłego wymiaru sprawiedliwości, podążają. Korzyść żaś z usunięcia

sporów spółkowych z pod jurysdykcyi Trybunałów Handlowych, mająca polegać na zachowaniu tajemnic spółkowych, jest widocznie tylko pozorną, skoro spór każdy, może jeszcze przez dalsze instancye przechodzić.

Wszystkie te względy, wpłynęły już na zniesienie Sądów polubownych we Francyi i niektórych innych krajach. Zmianę tę, jak mniemam, za nader pożyteczną i postęp w pojęciach prawnych znamienującą, poczytywać wypada.

Dzisiejszy stan prawodawstwa, pod względem Sądów polubownych koniecznych, przedstawia niewątpliwie wiele do życzenia. Z drugiej ztrony, przyznać wypada, że niektóre obowiązującego Kodexu rozporządzenia, najżywiej krytykowane, jak naprzykład wymaganie form prawa przy sądzeniu, i możność appellacyi, w braku wyraźnéj przeciwnéj umowy, giną w obec praktycznego poglądu większéj liczby osób, zdających się na sąd osób trzecich. Prawie we wszystkich zapisach na kompromis dobrowolny, dawało mi się dostrzedz, nadanie Sędziom polubownym, władzy stanowienia bez form prawnych, mocą ostatniéj instancyi. Rzeczywiście, takie tylko zastrzeżenia, do szybkiego wymiaru sprawiedliwości, doprowadzić są zdolne.

Bezstronnie zapatrując się na ogół przepisów Kodexu Postępowania Sądowego w téj materyi, widziemy, że reakcya jaka się objawiła we Francyi, przed uchwaleniem tego prawa, wpłynęła poniekąd na ograniczenie dopuszczalności Sądów polubownych, oraz na poddanie ich zbyt licznym formalnościom. Prawodawcy, nieśmieli całkiem usunąć Sądów polubownych, ale działali niewątpliwie pod wpływem nieufności dla nich, jaka się wkradła skutkiem nadużyć, będących pojęć fałszywych następstwem. Tym sposobem działalność i skuteczność Sądów polubownych, znakomicie osłabioną została; a drobiazgowość przepisów, otworzyła pole do zbyt licznych pokuszeń, wzruszenie zapadłych w drodze polubownéj wyroków, na celu mających. Utrzymanie Sądów polubownych dobrowolnych, jest niezbędne,

ale uproszczenie form, jako dających pole do pieniactwa, wielce byłoby pożądaném.

Zakończmy te uwagi, krótkiem przypomnieniem z miéjscowéj kroniki sądowéj, zaczerpaném. W praktycznem zastosowaniu u nas, przepisów Kodexu Postępowania Sądowego o Sądach polubownych, przedstawiły one szereg wątpliwości. Niebędę ich szczegółowo wymieniać. Ograniczę się tylko na przytoczeniu tych pytań prawnych, jakie ostateczne rozstrzygnięcie, w Senacie znalazły.

Jedném z najbardziéj spornych pytań, było: jakie znaczenie ma, zastrzegany często w kontraktach warunek, że spory z nich wyniknąć mogące, rozpoznane będą przez Sąd polubowny? Tego rodzaju umowy, zwanéj Clause compromissoire, niemożna było uznawać za zupełny kompromis, dla braku warunków, Artykułem 1,006 K. P. S. pod nieważnością wskazanych, mianowicie dla nieoznaczenia ścisłego, przedmiotu sporu i nazwisk arbitrów. Pytanie to, po raz pierwszy w 1850 r. w Zwiększonym Składzie rozpoznaném zostało w sposób: że umowa taka, jako niezakazana prawem, jest ważną, i w dobréj wierze, podług Artykułu 1134 K. C. wykonaną być powinna. Można ją nazwać przyrzeczeniem zapisania się na kompromis, i zgodzić się na to: że stawia strony w podobnem położeniu, jak gdyby podług prawa, Sądowi polubownemu koniecznemu podlegały. W razie więc, gdyby która bądź strona, odmawiała wyboru Sędziego polubownego, wolę téj strony, Sąd zastąpić może. Takiż pogląd objawił Senat w 1856 roku i w latach późniejszych. Zasadę więc za należycie ustaloną, poczytywać wypada. Jurysprudencya taka, niebyła bynajmniéj naśladownictwem Francuzkiéj, która pod wpływem prądu pojęć, Sądowi polubownemu koniecznemu wcale nieprzyjaznych, przeważyła się za zdaniem przeciwnem.

Jedno z ważniejszych było pytanie: jaki wpływ ma upadek kompromisu, na postępowanie poprzednie, przed Sądem polubownym odbyte? Pytanie to, odnosiło się raz (w 1857

roku) do wyroku przedstanowczego, a drugi raz do dowodów, przez Sąd polubowny wyprowadzonych (w 1863 roku). I w jednym i drugim razie, Senat zastosował zasadę: „cessante causa, cessat et effectus.“ i tak wyrokowi jako i wyprowadzonym dowodom, wszelkiego znaczenia, w dalszym przebiegu sporu przed Sądami zwyczajnemi, odmówił.

Jednem z trudniejszych, bo aż w Zwiększonym komplecie (w 1858 r.) rozwiązanem, było pytanie: czy wyroki Sądu polubownego, upadają skutkiem niewykonywania ich w ciągu 6-ciu miesięcy.? Uznał wtedy Senat, że przepisy o wyrokach zaocznych przed Sądami zwyczajnemi, niezostały zmienione w stosunku do Sądów polubownych, które w braku przeciwnéj umowy do form zwyczajnych prawa, stosować się powinny.

W bieżącym roku, po raz pierwszy roztrzygniętem zostało pytanie: Czy ważną jest umowa, podług któréj, wyrok Sądu polubownego, o tyle tylko znaczenie mieć będzie, o ile podpisanym zostanie przez wszystkich Sędziów polubownych? Pytanie, to, przez dwie instancye, w przeczący sposób rozstrzygnięte, znalazło w Senacie rozwiązanie twierdzące, którego zasady szczegółowe, podane zostaną w najbliższem sprawozdaniu roczném.

W 1850 roku, ze względu na miéjscowe przepisy, uznanem zostało przez Senat, że akt, w języku Hebrajskim sporządzony, choćby w Polskim przekładzie przedstawiony Prezesowi, niema znaczenia wyroku polubownego i jako taki, niemoże być klauzulą exekucyjną opatrzony.

Do kategoryi jurysprudencyi ustalonéj, zaliczyć wypada wyroki Senatu, w 1863, i 1866 roku zapadłe, któremi Senat uznał, że wyroki Sądów polubownych koniecznych, w sprawach między wspólnikami zapadłe, jako wypływem woli samego prawa będące, mają także znaczenie w stosunku do oso-

bistych wierzycieli wspólników, byle zmowne działanie, wykazanem niezostało.

Przy zapatrywaniu się na znaczenie wyroków polubownych, Senat uważa je za rodzaj aktów urzędowych, z czego wynika to następstwo, że nie proste zaprzeczenie podpisów, ale formalne zapisanie się na fałsz, jest potrzebne, dla wykazania fałszywości aktu, za wyrok polubowny przedstawianego. Tak po raz pierwszy wyrzekł Senat jeszcze w 1843 roku. Poglądu swego nigdy nie zmienił, a najświeższy przykład potwierdzenia téj jurisprudencyi, miał miejsce w roku 1870.

W sporze, mającym za przedmiot odjęcie klauzuli exekucyjnej wyrokowi polubownemu, Senat w 1862 roku uznał, że pominięcie jednego z punktów żądania, dostatecznie u p. awiedliwiało konkluzyę powoda, pragnącego znieść wyrok polubowny.

W jednym ze sporów o skład Sądu polubownego koniecznego, Senat w 1869 roku, poczytał za dostateczny do wyłączenia powód, przyznaną okoliczność, że wyznaczony Sędzia, pośredniczył pierwéj do zgody między temi stronami, które miał potem sądzić.

Uznał wreszcie Senat, (w 1870 r.) dopuszczalność skargi na wyrok Sądu Appellacyjnego, przyjmujący restytucyę przeciwko wyrokowi polubownemu, gdy przedmiot sporu, 600 Rubli sr. przenosił.

Kończąc to krótkie przypomnienie jurysprudencyi, z przyjemnością zaznaczyć mi przychodzi, że w przedmiocie wykładni prawa, w sporach, odnoszących się do Sądów polubownych, niebyło żadnego przypadku, aby Senat od raz przyjętéj zasady, widział się w konieczności odstąpić. Do kategoryi bowiem zmiany jurisprudencyi, niemogę zaliczać tych pojedynczych przypadków, gdzie Senat nieprzyznał Sądowi polubownemu kontraktem ustanowionemu, władzy stanowienia w sporze, o rozwiązanie tegoż kontraktu.

Ufajmy że to ciągłe dążenie do jednostajności wyrzeczeń, utrzyma się i nadal, gdy przystąpiemy do zwykłego sprawiedliwości biegu. Napływ spraw nowych, mamy niezwykły. Gorliwość wszakże, krótkim wypoczynkiem podsycana, już nieraz podobnemu zadaniu podołała. Z ufnością w Bogu, przystąpmy do pracy pod kierunkiem Jaśnie Wielmożnych Przewodniczących, których do rozpoczęcia czynności, zaprosić mam zaszczyt.

*Hipolit Chwalibóg.*

---

# WYKŁAD POSTĘPOWANIA SĄDOWEGO CYWILNEGO

przez

Hipolita Chwaliboga.

## II.

## Historya Organizacyi Sądowéj we Francyi.

### ODDZIAŁ I.

### Czasy dawne.

Od najdawniejszych czasów, we Francyi wymiar sprawiedliwości dzielił się między Króla i feodalnych Panów.

Panowie poczytywali się za mających nad swemi poddanemi moc nieograniczoną.

Stąd zasada: „*Entre toi vilain et ton seigneur, il n'ya pas de juge, fors Dieu*". (Między tobą wieśniakiem, a twym panem, niema Sędziego prócz Boga).

Jurysdykcya dominialna, przywiązaną była do pewnych, dóbr ziemskich. Wynikała ona, już to z dawnej używalności, już to z wyraźnych nadań królewskich. Początkowo, sami panowie sądzili; potem przybierali Ławników, (Échévins), a wreszcie obowiązani byli przelać swą władzę na Sędziów, od których pewnego usposobienia wymagano.

Wyłączały się z pod ich jurysdykcyi, jedynie przypadki zachowane dla Króla (les cas royaux).

W długiej walce Królów z feodalnością, Sądy Panów zeszły powoli do najniższego szczebla, bo liczba przypadków królewskich, zwiększała się stopniowo. Pierwszy Filip August, zaprowadził odwołanie się do *Sądu Królewskiego,* w razie odmówienia sprawiedliwości. Ś-ty Ludwik, poszedł daléj, gdyż Sądom Królewskim, przygotował wpływ bardziéj bezpośredni, to jest: prawo rewizyi wyroków, przez Sądy Dominialne wydawanych.

Pierwotny *Sąd Królewski* (*la Cour du Roi*), składał się z głównych Wassali Korony, którzy zbierali się w Radę, do spraw państwa i wymiaru sprawiedliwości. Niemiał on dawniéj stałego siedliska, lecz towarzyszył Królom w ich podróżach, i zbierał się tylko na rozkaz królewski.

Ówcześni prawnicy, zwani ludźmi długiéj sukni (gens de robe longue), zasiadali na posiedzeniach, bez głosu stanowczego, i jedynie tylko oświecali Baronów o zwyczajach i prawach.

Rozszerzenie przypadków zachowywanych dla Króla, czyli tak zwanych królewskich, przymnożyło téj Radzie, wiele czynności. Filip Piękny, (w 1302 r.) urządził w Paryżu dwie kadencye Rady Królewskiéj, zwanéj także Parlamentem. Podobneż Parlamenty były w mieście Rouen, Troyes i Tuluzie. Dopiero w końcu XIV wieku, Parlamenty stały się ciągłemi, (permanents), przez co pośrednio, udział w nich Wassali, został zmniejszonym, a zwiększył się wpływ prawników.

*Parlamenty*, stanowiły w ostatniéj instancyi, w drodze appellacyi od Bajllich i Seneszalów, którzy pierwotnie, byli tylko prostemi Kommissarzami, posyłanemi na prowincyę, dla wyobrażenia Króla, już to w dobrach królewskich, już to w Zgromadzeniach szlacheckich, a dopiero późniéj należeć zaczęło do ich attrybucyi, czuwanie nad wymiarem sprawiedliwości; mianowicie słuchali zażaleń, przeciwko postanowieniom Baronów i prostowali ich wyroki.

Ś-ty Ludwik, powierzył im rozpoznawanie przypadków królewskich. Z czasem, stali się stałemi Sędziami, w pewnych miejscowościach. Wybierani byli tylko z pomiędzy szlachty,

którą w późniejszym czasie prawnicy zastąpili. Attrybucye tak zwanych Prefektów (Prévots) były prawie podobne.

Zbyt częste appellacye od Sądów Bajlich i Seneszalów do Parlamentów, nawet w bagatelnych przedmiotach, wywołały potrzebę utworzenia Sądow pośrednich, zwanych Prezydyalnemi, (les Présidiaux). Miało to miejsce za Henryka II w r. 1551. Były one w główniejszych miastach Francyi, a nawet sądziły ostatecznie, przedmioty 250 liwrów kapitału, albo 10 fr. dochodu nieprzenoszące. Z czasem doszła ich attrybucya do 2,000 fr. kapitału albo 80 franków dochodu.

Nad temi wszystkiemi Sądami (niewyłączając Parlamentów), była *Wielka Rada* (le Grand Conseil), która miała władzę kassować wyroki ostateczne Sądów, dla braku formy, lub też pogwałcenia prawa. Wielka Rada, była oddziałem Rady Królewskiéj. Sama spraw nie sądziła, chyba sposobem wyjątkowym; lecz odsełała pospolicie sprawy, przed sądy właściwe. W 1738 r. otrzymała organizacyę, zbliżoną do dzisiejszego Sądu Kassacyjnego.

Prócz zwykłych Sądów, były także *Sądy Konsulów*, do spraw handlowych; daléj tak zwani *Wybrani*, (les Élus) rozpoznający kwestye podatkowe; *Izba Skarbowa*, (w przedmiotach, odnoszących się do dóbr Królewskich), tak zwane *Stoły Marmurowe* (les tables de marbre), do spraw o wody i lasy. Były prócz tego *Izby Królewskie*, *Izby Rachunkowe*, *Izby Monetowe* i t. p. *Sądy Duchowne* były także nadzwyczajnemi, zwano je *Officialités*.

Jurysdykcya Sądowa duchowieństwa, sięga wojennych czasów średniowiecznych.

Baronowie, sądzili podług miecza, nie podług prawa. Wiadomości księży i uszanowanie dla nich, wabiło ludność do ich sądów, na słuszności opartych.

W takim stanie umysłów, duchowieństwu nietrudno było, oprócz sporów czysto duchownych, dosięgnąć swą władzą, wielu stosunków cywilnych. Jakoż, Duchowne Sądy, rozpoznawały sprawy osobiste duchownych,, i sprawy o ważność

małżeństwa. Wywiązała się stąd walka, długo trwająca między Sądami Duchownemi, a Sądami zwyczajnemi, na korzyść tych ostatnich rozstrzygnięta. Edykt z 1695 r., wielce ograniczył władzę duchowną.

Były także Trybunały uprzywilejowane dla pewnych osób, albo korporacyi. Dla sądzenia osób, należących do dworu; był Wielki Marszałek Pałacu, (Le grand Prevôt de l' hotel). Byli też oddzielni *Sędziowie Uniwersyteccy*, dla spraw wszystkich osób, należących do tego ciała naukowego; oraz Delegowani (Les delegués), dla sądzenia osób, które otrzymały przywiléj od Króla tak zwany *Committimus*.

Spory exekucyjne, z powodu aktów, zeznanych przez Notaryuszów w Paryżu, bez względu na zamięszkanie stron, rozpoznawane były przez tameczną Izbę Notaryuszów.

Początkowo, sami Królowie, i mający jurysdykcyę Panowie, przeznaczali urzędników, do wymierzania sprawiedliwości, w ich imieniu. Dla zapewnienia ich gorliwości i bezstronności, Ludwik XI przez ordonansę z 1467 r. uczynił ich niewzruszalnemi, (inamovibles). Trudno ściśle oznaczyć, w jakiéj epoce powstał zwyczaj ustępowania i przekazywania urzędów za pieniądze. Za Franciszka I już był utwierdzony.

Henryk IV zrobił urzędy prawie dziedzicznemi, przez zaprowadzenie opłaty na rzecz skarbu zwanéj paulette (od imienia pierwszego poborcy), która to opłata zapewniała Sukcessorom, własność urzędu. Nie potrzeba dowodzić, jak dalece ten zwyczaj, (potrzebami Skarbu pierwotnie wywołany), był szkodliwym. Sprawiedliwość, była początkowo wymierzana bezpłatnie; późniéj otrzymywali Sędziowie małoznaczne podarunki, zamienione następnie na opłaty pieniężne, zwane *épices*.

Taki stan rzeczy, wyradzał nadużycia. Trudno było otrzymać sprawiedliwość, wśród téj mnogości Sądów, różnego stopnia. Skoro bowiem appellacya od Sądów Pańskich szła do Bajlich, często sprawa musiała przechodzić, przez 5 instancyi sądowych. Niepewność, pod względem właściwości, stanowiła pierwszą trudność, dla stron w sporze będących.

Nieraz powód musiał pociągać pozwanego przed Sędziów dla tego ostatniego uprzywilejowanych. Zanim przyszło do wyroku stanowczego, trzeba było częstokroć przebyć przez kilka Sądów, poczekać lat kilka i ponieść znaczne wydatki. Przywiléj i łaska zagarnęły wszystkie gałęzie sprawiedliwości. Spory między Sądami o właściwość, ze względu na wypływające korzyści z sądzenia, były częste, a przez czas téj niepewności, wymiar sprawiedliwości był wstrzymany

Interes Sędziów, drogo płacących za swe urzędy, dążył do zwiększenia liczby processów, szczególniéj w mniejszych Sądach, a w tem działaniu, pomagali im Obrońcy oraz inni urzędnicy sądowi. Sądy wyższe, odznaczały się lepszą uczciwością, ale i tam były nadużycia, choć innéj natury. Parlamenty, stały się współzawodnikami władzy prawodawczéj, przywłaszczyły sobie prawo, przeglądania ustaw i stanowienia urządzeń.

Skargi wywoływane przez te nadużycia, rozbijały się o potrzeby skarbu i trudność wywłaszczenia posiadaczy z urzędów. Ludwik XVI-ty chciał zrobić reformę. Edyktem z 1788 r. zniósł Seneszalów i Bajlich, gdyż połączył ich z Sądami Prezydyalnemi i pozwolił odrazu udawać się do takich Sądów, mocą ostatniéj Instancyi do 4000 fr. wyrokować mających.

Utworzył prócz tego, Sądy pośrednie, do 20,000 franków ostatecznie wyrokować władne. Zniósł także wszystkie Sądy uprzywilejowane i wyjątkowe.

Niepoznano wtedy mądrości tych urządzeń. Poczytywano je za działanie władzy królewskiéj, wymierzone przeciwko oppozycyi, pochodzącéj od Parlamentów.

Namiętności się paruszyły, i trzeba było te edykta odwołać; lecz wkrótce szereg wypadków, znakomite przemiany sprowadził.

## ODDZIAŁ II.

### *Zmiany późniejsze.*

Znane wypadki z 1789 r. spowodowały zniesienie wszystkich przywilejów. Sądy Dominialne zostały zniesione z wszystkiemi prawami feodalnemi, pamiętnéj nocy 4 Sierpnia 1789 r. Sprzedawalność urzędów, na temże posiedzeniu, także zniesiona. Zgromadzenie Ustawodawcze uchwaliło, że porządek sądowy będzie w całości urządzonym inaczéj.

Przystępując do zreformowania porządku sądowego zaczęto od postawienia w prawie od 16 do 24 Sierpnia 1790 r. wielkich zasad, które odtąd miały przewodniczyć Sądownictwu.

1. Sprawiedliwość, wymierzaną będzie w imieniu Króla.
2. Sprzedawalność urzędów sądowych, znosi się.
3. Sędziowie będą bez żadnych opłat, sprawiedliwość wymierzać, lecz będą płatni ze skarbu.
4. Sądy, nie mogą mieć żadnego udziału, w wykonywaniu władzy prawodawczéj.
5. Nie będą władne, stanowić żadnych urządzeń.
6. Urzędy sądowe, będą zawsze oddzielone od administracyjnych.
7. Wszystkie przywileje w przedmiocie jurysdykcyi, są zniesione.
8. Wszyscy obywatele bez różnicy, rozprawiać się będą podług form jednostajnych i przed temiż samemi Sędziami.
9. Nikt, nie będzie mógł być odsuniętym od swych właściwych Sędziów.
10. Rozprawy sądowe będą publiczne. Każdy obywatel, będzie mógł bronić swéj sprawy, czy to ustnie, czy to piśmiennie.

Większa część tych zasad, dając ważną rękojmię sprawiedliwości wyroków, stanowi niewzruszoną podstawę, na któréj nowy porządek sądowy spoczywa.

Zachowując dawne odróżnienie sądów zwyczajnych od nadzwyczajnych, Zgromadzenie Ustawodawcze, jeden tylko zwykły Trybunał w każdéj stolicy Dystryktu, zaprowadziło, do którego należało rozpoznawanie wszelkich spraw cywilnych. Taki Trybunał, składał się z 5-u lub 6-u Sędziów, podług liczby ludności. Sędziowie byli wybierani na przeciąg lat 6-u przez mięszkańców Dystryktu. Prezydencya należała do Sędziego wybranego najpierwéj. Niektóre sporów rodzaje między Rządem a prywatnemi, jak *np.* z powodu podatków i sporów z przedsiębiercami robót publicznych i t. p. poddane zostały administracyjnym władzom departamentowym. Sądami nadzwyczajnemi w sądownictwie właściwem, pozostały tylko: Sądy Pokoju i Trybunały Handlowe.

Sędziowie Pokoju, w każdym Powiecie (canton), mieli obowiązek wyrzekać względem sporów, które dla swéj małoznaczności, mogły się załatwiać na miejscu, bez zwłoki i kosztów. Zachowano Trybunały Handlowe, ze względu na przyzwyczajenie się stanu handlowego do Sędziów z ich grona wybranych.

Jeszcze pierwéj, prawo z dnia 1 Maja 1790 r. stanowiło w zasadzie dwie instancye sądowe. Z powodu wszakże uprzedzeń, wywołanych nadużyciami dawnych Parlamentów; niechciano wcale tworzyć Najwyższych Sądów. Dla pogodzenia więc zasady appellacyi, z zasadą równości wszystkich Trybunałów, obmyślono szczególną zasadę, aby od jednych Trybunałów, do drugich szła appellacya.

Zbyt pośpiesznie wprowadzony porządek sądowy, niemiał bynajmniéj powagi, na poszanowaniu obywateli polegającéj, i niewzbudzał należytego zaufania. Sędziowie, postawieni skutkiem wyborów w pewnym rodzaju zawisłości od mięszkańców, nie mieli należytéj swobody działania, jaka jest pierwszą bezstronności podstawą. Urzędy sądowe stały się dziedzictwem mierności, gdyż ludzie oświeceni, nie garnęli się do pozycyi, od kaprysu wyborców zawisłéj.

Jeżeli dawna możność dziedziczenia i sprzedawania urzędów, była powodem wielu nadużyć, to z drugiéj strony miała tę

zaletę, że wytworzyła urzędników oświeconych i niezawisłych. Konwencya, nieuznawała jeszcze reform dokonanych za dość stanowcze; chciała ona nawet nazwę Sędziów usunąć z Trybunałów. Ustanowiła Rozjemców publicznych (Arbitres) co rok wybieralnych i rozsądzających spory bez żadnéj appellacyi. Myśl ta przecież nie weszła w wykonanie.

Konstytucya Dyrektoryatu z Messidora 3 roku, zaprowadziła nową organizacyę. Dystrykty były zniesione. Cała władza sądowa skoncentrowaną została w stolicach Departamentów, gdzie urządzono Trybunały z 20 Sędziów co lat 5 wybieralnych złożone.

Autorowie tego systematu, zamierzyli dać Trybunałom więcéj blasku, aby ściągnąć ludzi wykształconych i otoczyć ich większem poważaniem. Niechcieli wszakże tworzyć silnych zgromadzeń, grożących oppozycyą. Korzyści z téj reformy niewyrównały niedogodnościom, jakie dały się wkrótce uczuć. Większe miasta, nie będące wtedy stolicami Departamentów (jak *np*. Marsylia, Tulon) pozbawione zostały władz sądowych (prócz Sądu Pokoju).

W ogóle, odległość nowych Trybunałów, od wielu miejscowości, była przyczyną utrudnienia sprawiedliwości. Po znanych wypadkach z 18 Brumair'a VIII roku, t. j. za Konsulatu, złudzenia z 1790 i 1793 r. zginęły, przed smutnemi rezultatami doświadczenia.

Niektóre, na pozór piękne teorye XVIII wieku, które złudziły reformatorów prawa, już wiele smutnych wywołały następstw; poznano wady wybieralnych Sądów. Postanowiono więc powrócić do niektórych zasad organizacyi dawniejszéj.

Przywrócono wyższe sądy, dla rozpoznawania appellacyi od wyroków, (a to prawem 27 Ventose VIII roku rewolucyi). W 1801 r. Trybunały I-ej Instancyi pomieszczone zostały w stolicach okręgów, (*arrondissemens*), aby tem łatwiéj było udawać się do nich.

Niektóre urządzenia, dotyczące organizacyi Sądownictwa, znalazły pomieszczenie w Kodexie Postępowania Sądowego.

Jako uzupełnienie tych zasad, wyszło urządzenie policyi i porządku sądowego z 30 Marca 1808 r. Daléj wyszła Ustawa z 10 Kwietnia 1810 r., uzupełniona urządzeniami z 6 i 19 Lipca oraz z 18 Sierpnia t. r.

Na tem skończemy ogólny rys historyczny organizacyi Sądowéj we Francyi. Szczegóły bowiem historyczne, dotyczące pojedynczych części tejże organizacyi, obejmę w krótkości, przy wykładzie teraźniejszego stanu organizacyi Francuzkiéj, któréj znajomość, już to dla tem lepszego pojęcia naszéj Organizacyi sądowéj, już to dla zrozumienia niektórych szczegółów procedury, uważam za niezbędną.

## ODDZIAŁ III.

### *Teraźniejsza Organizacya Sądowa we Francyi.*

### I. O sądach i ich attrybucyach

Jurysdykcya zwyczajna w sporach Cywilnych (*niepoddanych wyjątkowym Sądom*), należy we Francyi do *Trybunałów Cywilnych*, których wyroki, podług K. P. S. wtedy są ostateczne, gdy wartość przedmiotu spornego 1000 fr. (240 rs.) nie przenosi. Od roku 1838, sądzą one w ostatniéj istancyi do 1500 fr. lub 60 fr. dochodu; rozpoznają także appellacye od wyroków, przez Sędziów Pokoju w I-ej instancyi wydawanych. Składają się najmniéj z 3-ch członków, oprócz Prezesa, a w komplecie najmniéj 3-ch sądzą.

Równąż z niemi attrybucyę, ale tylko w I-ej instancyi i wyłącznie w handlowych sporach, mają *Trybunały Handlowe*, (A. 509 K. P. S. i 605 K. H.) złożone z członków wybieralnych, ustanowione po znaczniejszych miastach; zaś w miejscowościach, gdzie ich niema, przez Trybunały Cywilne są zastępowane. W niektórych razach, Sądy polubowne dobrowolne

albo konieczne, (w spółkach) zastępują władzę nadaną Trybunałom Cywilnym lub Handlowym.

Odwołanie się od wyroków przez Trybunały Cywilne lub Handlowe w I-ej instancyi wydawanych, oraz od Sądów Polubownych służy do *Sądów Appellacyjnych*, (w liczbie około 30), które mocą 2-ej i ostatniéj instancyi, wszystkie spory sądzą, najmniéj w liczbie 7 członków, a dzielą się na 3 wydziały: Cywilny, Handlowy i Karny.

Sędziowie Pokoju, po Kantonach przez Zgromadzenie Ustawodawcze zaprowadzonych; dawniéj sami, w assystencyi tak zwanych Assessorów, a teraz bez nich, działający; zajmują się pojednawczemi czynnościami; przewodniczą w Radach Familijnych i odbywają niektóre inne czynności. Do nich należy sporządzanie aktów przysposobienia, oraz opieczętowania i odpieczętowania; wreszcie zajmują się śledztwami w sprawach karnych. Obok tego mają władzę sądową w drobniejszych sprawach, jako to: w sporach o rozrzucenie granic, przywłaszczenie płotów, rowów lub innych ogrodzeń, o czyny tyczące się biegu wody i spory possessoryjne, o szkody w polach i owocach, o reperacye komornicze, oraz pomniejsze pretensye osobiste (A. 3 K. P. S.) Sądzili dawniéj do 50, a obecnie do 100 franków ostatecznie. Dawniéj byli wybieralnemi, teraz mianowani bywają przez Cesarza, dożywotnie.

## II. **O Radach biegłych.**

(*Conseils de Prudhommes*).

Rady biegłych, (wybieralne) wykonywają też rodzaj wyjątkowéj jurysdykcyi, niższego rzędu. Postawione są w obec Trybunałów Handlowych, jak Sądy Pokoju względem Trybunałów zwyczajnych. Znajdują się one w miastach fabrycznych, czuwają nad wykonywaniem praw i urządzeń, dotyczących manufaktur. Starają się godzić spory o własność znaków i rysunków fabrycznych, a w razie sporu, rozpoznają je bez kosztów.

## III. O Sądzie Kassacyjnym.

Sąd Kassacyjny nie stanowi instancyi, nie sądzi processu, ogranicza się tylko na przetrząsaniu wyroków i decyzyi przez jakibądź Sąd, w ostatniéj instancyi wydanych.

Kassacyę wyrzeka tylko w razie pogwałcenia form istotnych, albo w razie sprzeczności z rozporządzeniem prawa.— Zgromadzenie Ustawodawcze, zostawiając Radę Królewską na czele władzy administracyjnéj, postawiło Sąd Kassacyjny na czele władzy sądowéj. Postanowienia Sądu Kassacyjnego, nie miały znaczenia prawodawczego, ale tylko powagę czysto sądową. Po skasowaniu wyroku, sprawa powracała na powrót przed Sąd tegoż stopnia. Gdy i drugi wyrok był skassowany, a trzeci Sąd podobnie jak dwa poprzednie wyrzekł, Sąd Kassacyjny wymagał od Zgromadzenia Prawodawczego, dekretu, objaśniającego prawo.

Taki dekret, sankcyonowany przez Króla, stawał się prawdziwem prawem, od którego niepowinny już były Sądy odstępować (1 Grudnia 1790 r.)

Prawo Organizacyi Sądowéj z 27 Ventose VIII roku, postanowiło, że gdy po kassacyi, drugi wyrok w sprawie wydany, atakowany będzie z tych zasad jak 1-szy, spór będzie wniesiony przed Wydziały połączone Sądu Kassacyjnego.

Nie przewidziało wszakże prawo przypadku, gdy drugi lub trzeci Sąd, postawi się sprzecznie z poglądem Sądu Kassacyjnego. Dla zapełnienia téj próżni, prawo z 16 Września 1807 r. powracając do systematu z 1790 r. uznało, że tłomaczenie prawa, będzie należeć do Rady Stanu, która jako obowiązana przygotowywać projekta do praw, mogła najlepiéj znać ich ducha i znaczenie.

W 1828 r. zaszła ta ważna zmiana, że gdy druga Kassacya będzie wyrzeczoną, z tych samych zasad co i pierwsza, sprawa ma być odesłaną przed Sąd Appellacyjny, w połączonych Wydziałach.

Po tem stanowczem wyrzeczeniu, dopiero miało być żądane tłomaczenie prawa w drodze prawodawczéj, bez wpływu wszakże na już wydane wyroki.

Taki porządek, umniejszał powagę Sądu Kassacyjnego, pod względem ustalenia jurysprudencyi.

Dopiero prawo z 1837 r. przywróciło mu należną powagę, przepisując 3-mu Sądowi Appellacyjnemu, aby się stosował do decyzyi Sądu Kassacyjnego, w punkcie prawa. Tym sposobem znaczenie Sądu Kassacyjnego przywróconem zostało, a uciekanie się do Władzy prawodawczéj, przestało być potrzebnem.

W ogólności, Sądy niższe zostają pod nadzorem wyższych, a wszystkie pod nadzorem Ministra Sprawiedliwości.

## IV. **O osobach w skład Sądownictwa wchodzących.**

### § 1. **O Sędziach.**

We Francyi Sędziowie mianowani bywają dożywotnie przez Naczelnika Państwa. Są oni niewzruszalni, to jest nie mogą być zawieszeni lub odwołani, tylko za wyrokiem, dla przyczyn wskazanych prawem i podług form właściwych.

Dla pozyskania stopnia Sędziego, wymagane są we Francyi wyższe nauki; (*to jest ukończenie zupełnego kursu w uniwersytecie*); daléj praktyka obrończa (*najmniéj dwuletnia*); wreszcie wiek stosowny (*najmniéj 25 lat na Sędziego Trybunału, lat 27 na Prezesa Trybunału albo Sędziego Appellacyjnego*). Urzędy Sędziowskie, niemogą być łączone z żadnemi posadami administracyjnemi.

Starszemi Sędziami po Trybunałach Cywilnych i Handlowych oraz Sądach Appellacyjnych; są Prezesi i Vice-Prezesi, którzy mają ogólne zwierzchnictwo i pewne attrybucye na audyencyach, lecz pod względem sądzenia spraw, głos mają równy, z innemi członkami.

Prezesi Trybunałów, mają niektóre oddzielne służące im tylko wyłącznie attrybucye; tak zwane prezydyalne.

Są one w części czysto-sądowe (*np. wyroki en référé*). w części też, postępowania pozasądowego dotyczące. *Bliższy rozbiór tych attrybucyi, przy wykładzie samego Kodexu Postępowania Sądowego, wykazanym będzie*). Młodsi Sędziowie (*Juges suppléans*), używani są tylko do uzupełnienia kompletu.

## § 2. **O Urzędzie Publicznym.** (*Ministère Public*); czyli o *Prokuratorach* (*Procureurs*).

Urząd Publiczny, istnieje we Francyi przy Sądach, dla czuwania w imieniu Panującego, nad wykonywaniem praw oraz wyroków. *Zanim doszedł dzisiejszego rozwoju, przechodził rozliczne koleje, które będę się starał w krótkości przedstawić.*

Chociaż urzędnicy, do ścigania czynów karogodnych, znani byli w Grecyi i Rzymie, ale zaszczyt instytucyi Prokuratorów przy Sądach Cywilnych, w dzisiejszem ich znaczeniu, Francyi się należy.

We Francyi, jak u wszystkich narodów, które Rzymską Cywilizacyę wyparły, system kar pieniężnych przeważał.— Część kary, szła na korzyść pokrzywdzonego, ale część znaczna dostawała się w udziale Panującemu, albo brał ją lenny Pan, który jurysdykcyę wykonywał. Nad obfitem stąd źródłem dochodu, potrzebną była kontrolla. Sprawowali ją urzędnicy ustanowieni z ramienia Władzy, do któréj dochód należał.

Nazywano ich Sajonami lub Graffionami. Do obowiązków, początkowo czysto fiskalnych, przydawano stopniowo inne, w zakresie karnéj a nawet cywilnéj jurysdykcyi zostające. Téj to instytucyi. L'herminier oraz inni znakomici, nad historyą prawa Francuzkiego pracujący autorowie, przypisują powstanie Prokuratorów, w dzisiejszem ich znaczeniu.

Nazwa Prokuratora Królewskiego (*Procureur du Roi*), po raz pierwszy napotyka się w Zbiorze postanowień z 1302 r.

gdzie mieli przepisaną rotę przysięgi. *Sama instytucya musiała być nieco wcześniejszą.* Podług jednozgodnego mniemania autorów, początek jej sięga, drugiéj połowy XIII wieku. Pierwotnem zadaniem Prokuratorów, było: czuwanie nad korzyściami Skarbu Królewskiego.

Z postępem czasu, zwiększał się zakres ich obowiązków i attrybucyi, czego ślad z licznych pomników, jakie wieki XIV. XV i XVI; dostarczyły. Stali się następnie obrońcami wdów i sierot, ale po uczynieniu wniosków, obowiązani byli z izby posiedzeń ustępować, aby niepodległość wyrokowania, była Sądom zapewniona. Tak stanowił Edykt z 1494 roku, trzema późniejszemi edyktami ponowiony i rozwinięty. Sprawy obchodzące ogół kraju, kościół albo gminy (communautés), zwiększały stopniowo zakres ich działania.

Sprawy o stan osób, o rozłączenie co do stołu i łoża, niemniéj o fałsz cywilny, dopiero od 1618 r. zaczęły do nich należeć. Czuwanie nad uchybieniami w służbie, urzędników sądowych i zabieranie głosu, ile razy rzecz szła o ustanowienie opiekunów i kuratorów, znacznie późniéj, szereg ich zatrudnień pomnożyło. Postanowienia: z roku 1667. 1670 i 1673 rozwinęły jeszcze bardziéj instytucyę Prokuratorów, ogół ich obowiązków obejmując.

Z postanowień tych okazuje się, że za pośrednictwem Prokuratorów przesełane bywały Sądom postanowienia rządowe, a obowiązek czuwania nad wykonywaniem praw, niemniéj zachowywaniem porządku, w biegu sądownictwa, także do nich należał. Dostrzeżone uchybienia i zażalenia przeciwko urzędnikom sądowym, przedstawiali na zgromadzeniach ogólnych, zwanych „*Mercuriales*". Sami niepodlegali władzy tych Sądów przy których zostawali; a zażalenia pko nim, do Kanclerza tylko zanosić należało.

Było to następstwem zasady, że urzędnicy królewscy nikomu prócz Panującego, niezdają rachunku z czynności, w Jego imieniu spełnianych To wszakże było wadliwem, że Urząd Prokuratorów Królewskich, mógł być przedmiotem nabycia.

Wypadki, jakie w końcu XVIII wieku, zmianę prawodawstwa Francuzkiego wywołały, niewzruszyły téj instytucyi, która z życiem sądowem tak się zespoliła, którą Montesqieu, godną uwielbienia nazywał. Tę przecież główniejszą zmianę w ich attrybucyach dostrzegać nam się daje, że od roku 1789, przestali być pełnomocnikami Skarbu, jako strona główna w processach, przed Sądami wiedzionych; owszem właściwa obrona Skarbu, na Prefektów została włożoną.

Prawo z dnia 16—24 Sierpnia 1790 r. nadało im chwilowo nazwę Kommissarzy Królewskich, ale pod względem ich attrybucyi, zmian stanowczych niezaprowadziło. Ostateczny wyraz attrybucyi Prokuratorów we Francyi, stanowią: Kodex Postępowania Karnego, Kodex Postępowania Cywilnego z 1806 r. wreszcie Organizacya Sądownictwa z 1810 roku.

Organizacya ta, pewien związek hierarchiczny pomiędzy Prokuratorami utworzyła, do jedności w działaniu zmierzając. Poddała ona Prokuratorów przy Trybunałach, Prokuratorom Jeneralnym (urzędującym przy Sądach Appellacyjnych), a wszyscy ulegają kontrolli Głównego Prokuratora przy Sądzie Kassacyjnym. Zastępcy Prokuratora, zwani Adwokatami przy Sądach Appellacyjnych, a Substytutami przy Trybunałach, działają z jego ramienia.

Weszła więc w życie zasada: że Uząd publiczny stanowi ciało niepodzielne (Le ministeré public forme un corp indivisible)

Podług dzisiejszego stanu prawodawstwa we Francyi, obowiązki Prokuratorów, tak dadzą się streścić. Podają do wiadomości Sądom, wszelkie postanowienia władzy, przestrzegają nadużyć, są tłomaczami prawa, i świętości ustaw stróżami. Podług słów p. Boncenne, (*jednego z komentatorów Kodexu P. S*) instytucya Prokuratorów utrzymaną być musiała w tymże Kodexie dla tego, że potrzeba sprawiedliwości przewodnika, słabości podpory, a towarzystwu całemu reprezentanta; szczególniéj tam gdzie idzie o zachowanie praw, ogólny interes na względzie mających.

Lepiéj bowiem zapobiegać uchybieniom przeciw prawu, niż czekać na ich spełnienie. Rzeczywiście, Prokuratorowie, stali się siłą żywotną, pierwiastkiem koniecznym, organem niezbędnym, w składzie Francuzkiego Sądownictwa. Przez ten organ, władza, w imieniu któréj sprawiedliwość jest wymierzaną, rozpościera w społeczeństwie wiarę, że do panowania sprawiedliwości zmierza, a jednak niepodległości sądów niezagraża. Bez téj siły, cały wymiar sprawiedliwości, przez Sądy sprawowanej, byłby pozbawiony ożywiającego ducha, stałby się nieledwie martwą literą..

Szczegółowe obowiązki Prokuratorów, w zakresie Sądownictwa Cywilnego, rozproszone są po Kodexie Cywilnym, niezostały pominięte w Kodexie Handlowym (Art. 606), lecz w prawach dotyczących Organizacyi sądowéj oraz Kodexu Postępowania Sądowego, najwięcéj znajduje się w tym względzie prawideł. W tym ostatnim Kodexie szczególniej Art. 83, wskazuje przypadki, wymagające kommunikacyi Prokutorom. Że jednak przepis ten i u nas obowiązuje, bliższy jego rozbiór przy wykładzie samego Kodexu P. S. nastąpi.

Kończę uwagi o Prokuratorach, tą wzmianką, że z powodu zmiany formy rządu we Francyi w 1852 roku, nazywają się obecnie Prokuratorowie przy Trybunałach urzędujący, Prokuratorami Cesarskiemi.

*Cesarz ich mianuje i podług swego uznania uwalnia.*

## § 3. O Pisarzach.

Początek Pisarzy jest bardzo dawny. Początkowo byli oni we Francyi w przymiocie dependentów, zawisłych od Sędziów, którzy ich mianowali i opłacali. Królowie późniéj sami mianowali Pisarzy, dochód z tego źródła wydzierżawiając; *mianowicie zaczęło się to od r. 1521 (za Franciszka I-o).* Za Zgromadzenia Ustawodawczego, mianowanie Pisarzy było po-

wierzane już to Zgromadzeniom Wyborczym, już to Sądom, już wreszcie władzy wykonawczéj.

W dzisiejszym stanie Organizacyi Francuzkiéj, Pisarze są niezbędnemi pomocnikami Sędziów, którzy nie mogą wydać żadnego wyroku ani też odbyć innéj czynności sądowéj, bez ich assystencyi. Ich podpis jest konieczny, dla nadania sądowym aktom, autentyczności. Oni to zachowują akta sądowe i wydają z nich wypisy. Przyjmują także niekiedy oświadczenia stron i spisują stosowne akty *np.* akt przyjęcia lub zrzeczenia się spadku, deklaracyę względem posiadania funduszów. Pisarze mają charakter członków sądowych i pensyę pobierają od Skarbu, trudno więc sobie wytłomaczyć, dla czego prawem z 20 Kwietnia 1816 r. na równi z urzędnikami pozasądowemi, mogą przedstawiać swych następców, co niejako czyni ich urząd, przedmiotem frymarku.

## § 4. O Urzędnikach pozasądowych.

(*Officiers ministeriels*).

Urzędnicy pozasądowi, są to osoby urzędujące przy sądach; których zadaniem są czynności do zupełnego wymiaru sprawiedliwości, niezbędne: jakiemi są przygotowanie różnych pism sądowych, oraz doprowadzanie wyroków do skutku. Tu należą szczególniéj Pełnomocnicy i właściwi Obrońcy (Avoués i Avocats) oraz Burgrabiowie.

Mianowanie urzędników pozasądowych, odbywa się nie z wyborów, ale przez Władzę. Ich liczba ograniczona jest przy każdym Sądzie, podług potrzeby. Wymagane są od nich pewne kwalifikacye naukowe. Strony obowiązane są używać ich pośrednictwa do wszystkich aktów, które do ich obowiązków należą, ale mogą się udawać, do tego z pomiędzy nich, który najbardziéj wzbudza ich zaufanie. Urzędnicy pozasądowi (z wyjątkiem Adwokatów) obowiązani są, czynności swych

nieodmawiać, ile razy tego od nich strony żądają, a słusznéj przyczyny wymówienia się, niemają.

Odpowiadają za szkody z błędów przy wykonywaniu swych czynności. (K. P. S. 1031). Składają do kass Skarbowych kaucye, podług ważności Sądu, przy którym urzędują. *Kaucye te stanowią przedewszystkiem gwarancyę uczynienia zadość odpowiedzialności za czyny, z ich urzędowaniem związek mające.* Prawo z 1816 r. powiększając, cyfrę kaucyi, nadało im też prawo przedstawiania następców. Sądy wykonywają karność względem będących przy nich urzędników pozasądowych; wyrzekają w razie uchybień, napomnienia i nagany, skazują na koszta, kary pieniężne lub nawet zawieszenie w urzędzie.

Prócz tego znajdują się Izby Obrończe oraz Izby Burgrabiów (*Chambres des avoués i Chambres des huissiers*); Izby te obowiązane są godzić spory między kollegami z powodu urzędowania, zapobiegać skargom osób 3-ch i zagadzać zaniesione skargi.

Władza karności, najlepiéj swego celu dosięga, gdy się wykonywa przez samą Korporacyę. Poważanie, jakiego urzędnicy potrzebują, najlepiéj jest przez nich samych strzeżone. Całe zgromadzenie wznosi się w oczach powszechnych, karcąc tego ze swoich członków, który dał słuszne powody do skargi. Kara wymierzona przez władzę obcą, dotyka niejako całą Korporacyę. Dziś wszakże Izby Karności urządzone są w części wadliwie, zwłaszcza po Trybunałach; gdzie składają się ze zbyt szczupłéj liczby członków, a wszyscy są połączeni poufałością z codziennego pożycia.

W tem położeniu, Izby Karności, nie mają ani potrzebnéj niezawisłości, ani siły aby działać; ulegają bowiem z jednéj strony względności z koleżeństwa wynikającéj, a z drugiéj strony obawie, aby surowość, nie była przypisywana zawiści. *Dostrzeżono te wady i proponowano przed niedawnym czasem, aby Izby Karności przy Trybunałach skassować, a wyłączną*

*władzę karności, pozostawić Izbom przy Sądach Appellacyjnych urzędującym.*

## 1. O Pełnomocnikach sądowych.

(*Avoués*).

Potrzebę instytucyi téj, wykazałem już we wstępie. Oni to przedstawiają strony przed Sądami; oni to obowiązani są wnosić w ich imieniu żądania i załatwiać komunikacye, do instrukcyi sprawy niezbędne. Dla każdego prawnika ciekawe są szczegóły historyczne powstania téj instytucyi.

We Francyi początkowo w zasadzie, każdy był obowiązany stanąć osobiście przed Sądem.

Miasta, Kościoły i Zgromadzenia, miały jak w Rzymie, swych syndyków, (*zwanych Avoués*). Urządzenia Ś-go Ludwika nauczają nas, jak człowiek niedołężny lub chory mógł przedstawiany być przed Sądami. Domagał się u Sędziego uwzględnienia choroby i wtedy powód musiał czekać dni 8. Gdy i pomimo upływu tego czasu, pozwany nie stawał, Sędzia go wzywał, aby przysłał na swoje miejsce syna, lub innego domniemanego sukcessora.

Podług P. Beaumanoir, nikt będący powodem, niemógł stawać przez pełnomocnika. Prawidło to doznało wielu wyjątków, a póżniéj wyszło z użycia. Dla pozyskania wszakże możności być zastąpionym, otrzymywano upoważnienie za opłatą. Takie upoważnienie ponawiało się corocznie.

Liczba pełnomocników (*avoués*) była początkowo nieokreślona, stała się przecież wkrótce zbyt wielką.

W czasach, gdy przemysł zaledwie był znany, handel pogardzany, a własność ziemi nie dla każdego dostępna; wiele osób garnęło się do tego zawodu. Zbyteczna liczba pełnomocników, była przyczyną szkodliwych nadużyć. Niemając dostatecznego zarobku z zajęcia, wynajdywali środki mnożenia processów. Poraz pierwszy, Edykt Ludwika XIII w 1620 r.

nadał pełnomocnikom sądowym, urzędowy charakter; wpłynęło to, na ograniczenie ich liczby i skutkowało podciągnięcie ich pod pewien rodzaj karności.— Gdy wielki przewrót społeczny nastąpił, skargi wywołane dawnemi nadużyciami sądownictwa, spowodowały: że przyznano każdemu obywatelowi (*przez dekret z 24 Sierpnia 1790 r.*) prawo bronienia swéj sprawy, czy to ustnie czy to na piśmie.

Obok tego w 1791 r. Zgromadzenie uchwaliło, że będą przy Trybunałach Pełnomocnicy (*Avoués*) lecz dopuściwszy do tego powołania wszystkich dawnych Urzędników Sądowych, spowodowało nadmiar liczby, co koniecznie musiało wywołać nadużycia.

Dla doprowadzenia radykalnéj reformy, Konwencya wydała sławne prawo 3 Brumair'a II roku, (*24 Października 1793 r.*), które zniosło naraz i Pełnomocników i instrukcyę processu. Zniesieni Pełnomocnicy urzędowi, wykonywali przecież dawne obowiązki w przymiocie pełnomocników prywatnych; lecz jeszcze nowe przybyło im współzawodnictwo, ze szkodą stron mających processa.

Przybywający na Sądy, otoczeni bywali zgrają intrygantów i doradców, dążących do bogacenia się łupem z tych, którzy im zaufali.

Nieświadomość ich, wyrównywała chciwości. Pod pięknem mianem Urzędowych Obrońców, które przywłaszczyli, (*jak mówił jeden z mówców Konsulatu*) umieścili się między Sądami a stronami, aby jedne hańbić, drugich do ruiny przyprowadzać. Nigdy los processujących się nie był nędzniejszym. To też ogół, który przyklaskiwał pod wpływem uprzedzeń, zniesieniu Pełnomocników i Obrońców, zaczął dawnego stanu rzeczy żałować.

Organizacya Sądowa z 27 Ventose VIII r. przywróciła Pełnomocników, dając im wyłączne prawo stawania przed temi Sądami, do których byli przywiązani. Zdecydowano, że mianować ich będzie 1-szy Konsul, a liczba będzie ograniczoną.

Każdy Sąd był zapytywany o liczbę potrzebnych przy nim Pełnomocników i wzywany o przedstawienie kandydatów.

Trybunały, zapełnione były prośbami w tym względzie. Lękały się naruszyć prawa osób, dawniéj przy nich zostających; i niechciały zniweczyć pozycyi tych, którzy już zjednali sobie klientelę. Aby nie wzbudzić niechęci, poprzedstawiały zbyt wygórowaną liczbę kandydatów, która późniéj nowym ograniczeniom uledz musiała. Prawo z 22 Ventose XII roku, oznaczyło warunki i kwalifikacye niezbędne, aby zostać Pełnomocnikiem, (Avoué). Potrzeba mieć lat 25 skończonych, wysłuchać w Fakultecie Prawnym, kursu prawa Cywilnego i Karnego, oraz otrzymać od Professorów świadectwo uzdolnienia, a obok tego pięcioletnią odbyć praktykę.— Izby karności (Chambres des Avoués) zaprowadzone zostały dekretem 1 Frimaire IX roku; istnieją dotąd przy każdym Trybunale i Sądzie Appellacyjnym. Członkowie są wybieralni, w liczbie 4-ch do 15-tu. Od właściwych Pełnomocników rozróżnić jeszcze należy stawających po Trybunałach Handlowych (*Agréés*) niemających przymiotu urzędowego, ale tolerowanych przez Sądy, które ich wyznaczają.

### 2. **O właściwych Obrońcach** (*Avocats*).

W epoce wojowniczéj pierwszych Królów Francuzkich, kiedy sprawiedliwość wymierzała się w otwartem polu, obrońcami stron byli Szampierze, (*champions*) którzy wchodzili w szranki z bronią w ręku.

Obrona w drodze prawa, nastała wtedy dopiero, gdy nowe prawodawstwo wyszło z ciemności średnich wieków, gdy Sądów było zadaniem, tłomaczyć i stosować prawo

Powołanie Adwokatów, nie było mniéj poważane we Francyi jak za świetnych czasów Grecyi i Rzymu. Stan obrończy naśladował surowe obyczaje Sądów Naczelnych; odznaczając się zasługą i cnotą. Tytuł Adwokata był nagrodą długiéj nauki i prób rozlicznych. Ważne zaszczyty i przywileje były do niego przywiązane.

Adwokaci wykonywali swobodnie swoje obowiązki, przed wszystkiemi Sądami Królestwa. Mówili z nakrytą głową, na znak wolności słowa.

Rozwiązanie Parlamentów, musiało także pociągnąć zniesienie Adwokatów. Zgromadzenie Ustawodawcze przyjęło ten rezultat bez dyskussyi, w słowach następujących: „ludzie prawa poprzednio zwani Adwokatami, nie mają odtąd stanowić ani stanu ani korporacyi i niebędą mieli żadnego wyróżniającego ubioru przy wykonywaniu swych czynności“.

Gdy przecież Francya odżyła, po gwałtownych przejściach, ustawa z 22 Ventose, XII roku, odpowiadając wymaganiom czasu, jednocześnie z przywróceniem wykładu prawa, przywróciła także i Zgromadzenie Adwokatów. Nowa ich Organizacya oparta jest na dekrecie z 14 Grudnia 1810 r. oraz postanowieniu z 1822 r. Z mocy tych postanowień, część tylko dawnych przywilejów odzyskali, które dopiero w roku1830 odżyły w całości.

Adwokaci we Francyi chociaż przez Rząd są mianowani, nie mają cechy właściwych urzędników; bardziéj w nich przeważa przymiot osoby prywatnéj. Głównem ich zadaniem, poświęcać się nauce prawa i obronie współobywateli.

Adwokat niesie usługi swoje wszędzie, gdzie odgłos jego potęgi słowa, dojść może. Charakterem zasadniczym posłannictwa Adwokata, jest wolność z jaką może udzielić swe poparcie, kiedy mu się podoba i gdzie mu się podoba. Jego niezawisłość jest pierwszą gwarancyą dobréj wiary, podstawą powagi rad jego i głosu. Adwokaci nie stanowią pomiędzy sobą korporacyi. Związani są szacunkiem, nauką i wspólnością zajęcia.

Rady Karności, (Chambres des Avocats) utworzone dla czuwania nad honorem i godnością ich stanu, pochodzą raczéj z dobrowolnéj ich umowy, a nie z charakteru ich urzędowego. Adwokaci nie mają między sobą prawideł pisanych; lecz ich postępowanie, opiera się na szlachetnych tradycyach.

Rozdział między stanem Pełnomocników i właściwych Obrońców (*Avoués i Avocats*) wywołał wiele zarzutów, ale zgodzić się na to można, iż we Francyi, rozdział ten zbawienne wydaje owoce, gdyż ludzie z wyższem wykształceniem, nie są zatrudniani temi podrzędnemi czynnościami, jakie koniecznie do obowiązków Pełnomocnika są przywiązane. Liczba Adwokatów, nie jest ściśle ograniczoną.

Nie są też krępowani, pod względem wyboru miejsca zamięszkania. Wymagane są od nich, wyższe examina i dostateczna poprzednia praktyka. Jedynie tylko w Sądzie Kassacyjnym, gdzie form jest niewiele, obowiązki Adwokatów są połączone z obowiązkami Pełnomocników.

### 3 O Burgrabiach.

(*Huissiers*).

Obowiązki Burgrabiów odpowiadają obowiązkom naszych Woźnych i Komorników. Oni bowiem wręczają Akta prawne i zajmują się wykonywaniem wyroków.

Instytucya Burgrabiów sięga czasów Justyniana. Nazywano ich wtedy *Executores*, albo *Apparitores*. We Francyi nazywani byli naprzód Servientes, (*a stąd sergents, sierżanci*).

Ponieważ także posługiwali na audencyach, otrzymali nazwę huissiers (od dawnego wyrazu huis *drzwi*). Otwieranie bowiem i zamykanie drzwi sądowych, należało do ich obowiązków.

Ilość Burgrabiów, była dawniéj bardzo znaczna. Byli oni różnego rodzaju, przy każdéj jurysdykcyi. Niektórzy nawet czytać i pisać nieumieli. Wezwania czynili ustnie, a Sędziemu ustnie zdawali o nich raporta. Ich wielość i nieumiejętność, zrodziła mnóstwo nadużyć. Ich urząd tyle wzniecał nieufności, że aż działać w assystencyi 2-ch świadków (*Récors*) musieli, a zaoczność dopiero po trzechkrotnem pozwaniu, wyrzeczoną być mogła.

Zgromadzenie Ustawodawcze, toż samo zrobiło względem Burgrabiów, co względem dawnych Pełnomocników. Zgromadziło przy Trybunałach wszystkich naówczas będących w czynnéj służbie, i dozwoliło tymże Trybunałom, przybrać nowych. Konwencya, w szale niszczenia wszystkiego, co dawne, urzędownie Komitet Prawodawczy zapytała, czy nie możnaby całkiem bez nich się obchodzić?

Zajęto się niemi szczerze pod Konsulatem.

Prawo z 27 Ventose r. VIII postanowiło, że przy każdym Trybunale i Sądzie Appellacyjnym, będzie pewna liczba Burgrabiów, mianowanych przez I-go Konsula, na przedstawienie, Sądów. Sądy postąpiły podobnie, jak czyniąc przedstawienia względem Obrońców. Zbyt wielką zatem utworzoną ich mnogość, i kilkakrotnie już zniżano tę liczbę.— Instytucya Burgrabiów, urządzoną została należycie, dopiero dekretem z 1813 roku, rozróżniającym zwyczajnych od audiencyonalnych, z których każdy działa w obrębie swéj jurysdykcyi, lecz audiencyonalni robią służbę podczas sessyi sądowych i wręczają akty obrończe. Wyznacza ich Trybunał corocznie. Podług Ustawy z 1816 r. mają prawo przedstawiać swych następców.

Obowiązki Burgrabiów, lubo wymagają mniéj nauki niż Pełnomocników Sądowych, ale wymagają tyleż uczciwości, gorliwości i punktualności.

Pisma sądowe podpisane przez Burgrabiów, są aktami publicznemi, zasługującemi na wiarogodność co do daty i osnowy. Ich missya staje się bardzo drażliwą przy wykonywaniu wyroków sądowych. Wymaga zarazem i energji i umiarkowania. Często wreszcie przy odzyskiwaniu długów, zwłaszcza handlowych, stają się depozytaryuszami znacznych funduszów.

### 4. **Niżsi officyaliści**.

Do rzędu niższych officyalistów sądowych, zaliczani także bywają *Kommisarze taxowi* (*Comissaires Priseurs*) i *Straż handlowa*.

Pierwsi, mają wyłączne prawo odbywania publicznych sprzedaży ruchomości, oraz taxowania takowych.

*Straż handlowa* używaną bywała dla wykonywania przymusu osobistego, na dłużnikach, którzy temu rygorowi przez wyrok, poddani zostali.

Do rzędu urzędników pozasądowych zaliczyćby należało i *Notaryuszów*, ale obszerniejsze wyjaśnienie ich obowiązków, należy do wykładu Notaryatu, który jest do prawa Cywilnego przyłączony.

## O porządku Sądowym.

Porządek wewnętrzny w sądach, tak jest ściśle powiązany z właściwem postępowaniem, że go trudno odróżnić i przedmiotem oddzielnego wykładu uczynić.

Porządek ten, jest w części urządzony Kodexem Post. Sąd. a w części oddzielnemi organizacyjnemi ustawami, które wszakże u nas nieobowiązują i nieobudzają wiele interesu.— *Przy wykładzie samego Kodexu, szczegóły potrzebne w téj materyi, będą wyłożone.*

# O KONIECZNÉJ OBRONIE

## w Prawie Karnem

przez

STANISŁAWA JASZOWSKIEGO.

*(Dalszy ciąg.)*

Obok tych dwóch kierunków zasadniczych niezależnie od nich, istnieje jeszcze cała gruppa prawników, którzy przeczą istnieniu prawa konieczněj obrony i całą tę kwestyę poszukiwania ostatniéj zasady koniecznéj obrony, przenoszą na inne pole zupełnie, a mianowicie na pole poczytania, i wypowiadają zdanie: że konieczna obrona nie jest prawną, ale jest bezkarną, jest wolną od kary z powodu psychicznego przymusu, nieprzezwyciężonéj siły i t. d.; napad znosi wolność woli napadniętego, znosi więc tém samem i poczytalność sprawcy, i poczytanie czynności bezprawnéj w stanie koniecznéj obrony dokonanéj, ale czynność ta niemniéj pozostaje bezprawną. Zdanie to wypowiada Stelzer (1), w ślad za nim idzie Jarcke (2), który w § 23, tam gdzie on mówi o niepoczytaniu z powodu braku bezprawnéj woli, mieści konieczną obronę obok innych kategoryi, a mianowicie obok błędu prawnego, niewiadomości prawnéj i obok błędu faktycznego. Również i Kodex Austryacki z 1852 r. podciąga konieczną obronę, pod kategoryą przymusu (3). Hye (4), nie wypowiada tu jasno swojego zdania. Na str. 198 zalicza on konieczną obronę, do kategoryi psychicznego przymusu, na str. zaś 199 mówi o niéj, jako o pewnéj kombinacyi psychicznego przymusu, i stanu ko-

(1) Stelzer Grundsätze der Criminalwissenschaft 1790. Część I, str 91, 93, 97.

(2) Jarcke Handbuch des gem. d. Strafrechts I, str. 144. patrz Geyer. § 2, Uw. 3, Levita 30.

(3) Kodex Austryacki z 1852, r. I, § 2. lit. g. Bekker Theorie str. 499

(4) Hye Comm. z. Oesterreichischen Strafgesetzb. Część I.. 198.

nieczności, a to ze względu na dobro, w obronie którego konieczna obrona następuje, bo jak powiada Hye, już samo uczucie własne każdemu człowiekowi wrodzone, popycha go do tego, że on woli bezprawnemu napastnikowi złe wyrządzić, jak sam ponieść szkodę przez obrażenie jednego z praw swoich. Podobnież Temme (1) uważa groźby, konieczną obronę i stan konieczności, jako trzy rodzaje psychicznego przymusu, jako trzy rodzaje tego, co Temme nazywa przymusem obyczajowym (sittliche Zwang), a który wyłącza poczytanie.

Przeciwko poglądom tym wszystkim, walczy wiele ust poważnych. (2) Wszyscy ci autorowie, którzy prawo koniecznéj obrony przyznają, już dla tego samego oświadczają się przeciwko temu poglądowi, że on istnieniu tego prawa, zasadniczo zaprzecza. Powiadają oni: czynność z obrażeniem praw napadającego połączona, w stanie koniecznéj obrony dokonana, dla tego jest bezkarną, że ona jest prawną, że ten, komu ona imputowaną, miał prawo do jéj dokonania, dla tego zatém, że ona wcale bezprawiem, czynnością bezprawną nie jest, a nie dla tego, aby jej poczytanie, z jakichkolwiek powodów miało być wyłączone. Daléj pogląd ten zaciera zupełnie istotną różnicę, istniejącą pomiędzy konieczną obroną a stanem konieczności i wprowadza tu szkodliwe zamięszanie pojęć. Jeżeli ten pogląd zalicza konieczną obronę, i stan konieczności do jednéj i téj saméj kategoryi, jeżeli on poczytanie czynności dokonanéj, tak w stanie koniecznéj obrony, jak i w stanie konieczności, wyłącza dla jednych i tych samych przyczyn, to pogląd ten jednak zapomina o tém, że w koniecznéj obronie, ten stan konieczności wywołany jest działaniem tego, przeciwko któremu konieczna obrona się zwraca. Zresztą już samo odniesienie bezkarności czynnosci w stanie koniecznéj obrony dokonanych do kategoryi przymusu, usprawiedliwić się nieda. Niepodobna jest wykazać, aby czynność

(1) Temme. Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts. Aarau 1855. § 49.

(2) Köstlin § 28, Levita 30, Geyer § 2, Uwaga 3, str. 17.

tego, który w stanie konieczněj obrony się znajduje, wypływała z przymusu; człowiek będący w tym stanie nie działa tylko jako maszyna, jako narzędzie ślepe jakiéj siły zewnętrznéj· (1) Geyer (2) występuje przeciwko poglądowi, który wystawia Hye, i zarzuca mu, że on zbyt szerokie temu przymusowi zakreślił granice. Hye odnosi bezkarność czynności w stanie konieczněj obrony dokonanéj, do pewnego psychicznego przymusu, którego ostateczną zasadę, widzi on już w saméj naturze ludzkiéj, w tém, że każdy człowiek woli drugiemu złe wyrządzić, jak sam złe ponosić. Ale gdybyśmy granice tego przymusu tak szeroko zakreślili, powiada Geyer (3), zaszlibyśmy za daleko; musielibyśmy bowiem do przymusu tego zaliczyć te wszystkie sytuacye, gdzie istnieje wybór tylko pomiędzy własną szkodą, a szkodą kogo innego. Jeżeli więc człowieka w tém położeniu będącego, uważać będziemy za działającego pod wpływem przymusu, i jeżeli jego czynności uznamy za bezkarne z powodu braku wolnéj woli, to dla téj saméj zasady uznać musiemy za wolnego od kary przestępcę, gdy przestępstwo przez niego dokonane, zmierzało do zapewnienia mu jakiéj korzyści, lub do odwrócenia od niego jakiéj szkody. Jeżeli mnie uszkodzono rzecz jaką, złodziéj uciekł i nie mam żadnéj nadziei odzyskania téj rzeczy, jeżeli więc ja znów komu innemu uszkodzę rzecz podobną, to ta czynność moja będzie zapewne bezprawną, ale podług tego poglądu, imputowaną mi być niemoże; dokonałem ją bowiem pod wpływem przymusu, pod wpływem tego, że każdy woli drugiemu szkodę wyrządzić, jak sam szkodę ponieść. Wreszcie jeżeli bliżéj wnikniemy w treść tego poglądu, to zobaczymy, że on w uzasadnieniu bezkarności czynności w stanie konieczněj obrony dokonanéj, zapoznaje zupełnie naturę konieczněj obrony. Je-

(1) Geyer § 2, Uwaga 3.
(2) Geyer tamże.
(3) Geyer tamże.

żeli bowiem bezkarność téj czynności odniesiemy do kategoryi przymusu, do braku wolnéj woli, a więc li tylko do podstaw subjektywnych, to zapomieliśmy zupełnie o objektywnéj przyczynie, która ten przymus wywołała t. j. o napadzie i o tem, że ten napad musi być koniecznie bezprawnym, że ta bezprawność jest jego charakterystyczną i niezbędną cechą. jeżeli on ma napadniętego do koniecznéj obrony uprawnić. Jednostronnie rzeczy biorąc, zupełnie jest wszystko jedno, czy ten napad jest bezprawnym lub nie, bo wszak ten przymus, wywołany sytuacyą wyłącznego wyboru między własną a cudzą szkodą, może istnieć bez względu na prawność lub bezprawność napadu, sytuacyę tę powodującego; jeżeli więc bezprawność napadu tego uznamy za istotny i kardynalny warunek prawa koniecznéj obrony, a jak pogląd ten chce bezkarności konieczněj obrony, to widocznie nie możemy uzasadnienia tego prawa lub téj bezkarności szukać w zasa-, dach, dla których istnienie lub nie istnienie tego warunku, tak istotnego, byłoby tylko rzeczą zewnętrzną i przypadkową.

W dalszym ciągu na téj drodze, po któréj obecnie idziemy, spotyka y pogląd Geyera (1). W bliższą treść tego poglądu szczegółowiéj nieco wniknąć musiemy, bo teorya Geyera, uderzająca swoją nowością a błędna w saméj zasadzie, dotąd prawie bez zaprzeczenia pozostała (2). Uzasadnienie konieczněj obrony, jakie nam podaje Geyer, pozostaje w jednym związku z ogólnym jego poglądem, z jego pojmowaniem prawa. Prawo w ogóle pojmuje on zbyt ciasno i obok prawa przyjmuje on ideę słusznego odwetu, pewną ideę kompensat, , jako ideę drugą współrzędną, obok idei prawa i na téj idei odwetu, kompensaty, opiera Geyer konieczną obronę. Musiemy tu przedewszystkiem przytoczyć jego ogólny pogląd na prawo

---

(1) Geyer § 2, str. 8, 17.
(2) Seeger Abhandl str. 440.

i na tę ideę odwetu, a pogląd ten da się streścić w sposób następny.

Geyer wyprowadza naprzód pojęcie prawa; odnosi on je do woli i powiada, że dopóki wola znajduje się w indywiduum, w jego wnętrzu, dopóty wola ta dla prawa niema żadnego znaczenia. Prawo przypuszcza stosunek więcéj, a więc przynajmniéj dwóch wól. Jak więc te wole różnych indywiduów mogą wstąpić z sobą w pewien wzajemny stosunek? Najprzód możemy sobie wyobrazić stosunek taki, że jeden człowiek nakłania swoją wolę do woli drugiego, tak, że on tego chce, czego chce ten drugi; powstaje więc stosunek zgodnych wól tych dwóch indywiduów. Ale powiada Geyer, nie o ten stosunek nam chodzi, gdy mamy prawo na myśli. Prawo przypuszcza istnienie pewnego przedmiotu, pewnego obiektu, na który się wole dwóch indywiduów kierują i gdzie sie one spotykają. Niepotrzebujemy tu przypuszać nawet, że to spotkanie było zamierzone rozmyślnie: to spotkanie może być tylko przypadkowe. Jedna wola kierując się na dany przedmiot, zupełnie niewie o drugiéj i dopiero w tym przedmiocie te dwie wole się spotykają i o sobie się dowiadują. Jedna i druga wola chce tym przedmiotem rozrządzać; jeżeli więc ten przedmiot podług swej natury może podlegać dyspozyciom tych dwóch wól, wtedy indywidua te nie wejdą z sobą w stosunek. Ale przypuśćmy, powiada Geyer, że przedmiot ten dyspozycyi jednego podlegać tylko może, wówczas wola jednego będzie przeszkodą dla woli drugiego. Każda z nich chce tym przedmiotem rozporządzać, a tylko jedna nim dysponować może. Co więc jeden, chce dla siebie, tego drugi dla siebie pożąda, jedna wola zaprzecza drugiéj, wole więc te stają szorstko na przeciwko siebie, spierają się, walczą. Ale występuje tutaj pewien wzgląd etyczny, pewne etyczne wymaganie, wychodzące już od samych stron walczących. Ten spór się niepodoba, już samo wnętrze tych stron spierających się, spór ten potępia; kończy się więc on, a następuje pokój i zgoda. Przedstawmy sobie najprostszy sposób zakończenia tego sporu,

jedna ze stron spierających się odstępuje od przedmiotu, a zatem przestaje się spierać. W tém odstąpieniu od sporu, mieści się zarazem ustąpienie przedmiotu spornego, téj drugiéj woli. To jest widocznćm, powiada Geyer. Spór istniał, bo te dwie wole wzajemnie się zaprzeczały , jedna znich odstępuje od sporu, cofa więc to swoje zaprzeczenie i już w tém cofnięciu samem, objawia się zamiar, chęć nieprzeszkadzania téj drugiéj woli. Jeden więc człowiek ustępuje ten przedmiot drugiemu i ten drugi rozporządza tym przedmiotém za jego wolą, za jego zgodą. Spór się zatem kończy i to odstąpienie od sporu jednéj strony jest początkiem prawa, które otrzymuje strona druga. Prawem więc subiektywnem, powiada Geyer, jest etyczna siła danego objawu woli, oparta na owem ustąpieniu ze strony drugiéj woli i która to siła,, każde naruszenie tego obiawu, jako nowe zakłócenie pokoju uważać każe. (1) Prawo zaś w objektywnem znaczeniu jest pewną normą, pewną regułą, dla załatwienia, dla zakończenia tego sporu.

Następnie z kolei Geyer przystępuje do rozpatrzenia przypadku, gdy jedna wola rozmyślnie z zamiarem kieruje się na wolę drugą, skutkiem tego skierowania się woli jest pewna zmiana w stanie téj drugiéj woli i ta zmiana jest dobrem lub złem t. j. względem téj drugiéj woli, jest pewném wspomożeniem lub pewném przeszkodzeniem jéj stanu. Podług tego więc odróżniamy czyn dobry i czyn zły. Stosunek ten tych dwóch wól, z których jedna narusza drugą, znów nie podoba się, występuje tu więc znów ów wzgląd etyczny. Cóż za tém potrzeba zrobić, aby ten stosunek wyrównać? Wyrównanie tego naruszenia musi nastąpić tam, zkąd wyszło to naruszenie, a zatém wkroczenie w sferę naruszającéj woli. Owo więc dobre lub złe, musi być odpłaconém, skompensowaném podług idei odwetu, podług

(1) Geyer powołuje się tu na Stephan. Ueber das Verhältniss des Naturrechts zur Ethik und zum positiven Recht. Götingen 1845 str. 75.

idei kompensaty, a miarą tego odwzajemnienia się, jest to pierwotne naruszenie. Reakcya bowiem przeciwko temu naruszeniu, o tyle tylko przedstawia się jako odwet, o tyle tylko podlega konpensacie, o ile ona nie przekroczy quantum tego złego lub dobrego, wyrządzonego przez to pierwsze naruszenie. Jeżeli ten odwet wychodzi po za tę miarę, to ta przewaga, to to wszystko, co po za tę miarę wychodzi, przedstawia się, jako nowe samoistne naruszenie, a zatém jako nowy samoistny czyn zły lub dobry, który znów wymaga kompensaty. Przestrzega się tu jednak Gejer przed zarzutem, jakoby on miał ową ideę odwetu, kompensaty, pojmować jako ideę zemsty. Owszem powiada on, zemsta nie wiąże się bynajmniéj równością odwetu, daléj jest ona przeciwną obyczajowości, bo ów wyrok etyczny! „ skompensowaném być musi " zamienia dowolnie na: „ skompensować muszę". Przeciwnie to etyczne wymaganie, wskazuje na pewną ogólną, na usługi idei pozostającą władzę, ktora wywyższona po nad wszelkie chęci i namiętności, silną ręką utrzymuje równowagę odwetu. Podobnie więc idea odwetu, kompensaty, tak jak i idea prawa prowadzi do pojęcia społeczeństwa bronionego przez władzę. Społeczeństwo jest wielością indywiduów, związanych połączeniem wól w pewną wspólną wolę. Gdy zatem to połączenie woli jest koniecznèm dla utworzenia społeczeństwa, to pierwszą formą tego społeczeństwa, musi być społeczeństwo prawne, gdyż bez tego łącznika, jakim jest prawo, wole pojedynczych członków społeczeństwa, byłyby w ciągłéj walce, w ciągłym sporze, a walka jest prostą kontradykcyą, zgody i harmonii, których obrazem ma być spółeczeństwo. Powstaje więc najprzód spółeczeństwo prawne, które ma urzeczywistniać ideę prawa. Dzieje są to przez wspólną zgodę unikania walk i przez uznanie, że ustanowienie i rozpoznanie spornych granic prawa, należy do ogółu całego, którego reprezentantem jest sędzia. Członkowie spółeczeństwa oddają się jego sądowi i jego wyrok uznają za ostatecznie

decydujący, a w tem uznaniu samém, leży już zarazem wymaganie stosowania się do tego wyroku: wyrokowi więc temu potrzeba nadać pewną siłę przymuszającą. Społeczeństwo zatem funduje prawo przymusu. Gdy się już idea prawa w społeczeństwie prawnem urzeczywistniła, wtedy idea odwetu, kompensaty, jeżeli ona także ma się urzeczywistnić, przedąży do ufundowania pewnéj ogólnéj siły, którèj celem jest za dobre i złe czyny odpłacać. Dobre czyny i ich kompensowanie, grają tu bardzo podrzędną rolę, ale wzamian, tem jaśniéj, tem do kładniéj rysuje się prawo karania spółeczeństwa. Pojedyńczy człowiek niema prawa karania, bo tam gdzie pojedyńczy ludzie stoją na przeciwko siebie, brak jest tego ogólnego uznania konieczności poddania sią wyrokowi. Inaczéj się rzecz ma, gdy jest ukonstytuowana władza karna przez wspólną wolę spółeczeństwa, której się każdy jego członek poddał. Każdy człowiek do społeczeństwa należący, uważany jest tak, jak gdyby przy wstąpieniu swem do tego społeczeństwa powiedział: kara wymierzona przez władzę karną, niedopuszcza oporu. Społeczeństwo ma zatem prawo karania, ale tylko spółeczeństwo bronione przez władzę, ktore nazywamy państwém. Państwo z karą, polegającą, na zasadzie odwetu, na idei kopensanty, może połączyć osiągnięcie jakiego innego etycznego celu, jak odstraszenia, prewencyi, poprawy i. t. d. i wtém Geyer widzi prawdziwą stronę, teoryj względnych.

Pojedyńczy człowiek w państwie, nie może mieć prawa wykonania przymusu. Już jednak sama idea prawa usprawiedliwia własną pomoc prywatną tam, gdzie ona okazuje się właściwą dla uniknięcia większego sporu; tam zatem, gdzie ona wprzód prowadzi do pokoju, jak zupełne jéj wyłączenie. Podobną własną pomoc, podobne samowładne działanie, powiada Geyer, należy tylko uważać jako złe konieczne, nie zagrożone karą; ale nigdy nie można patrzeć na nie, jako na pewne prawo w właściwem słowa znaczeniu. Cały ten swój wywód dotychczasowy, Geyer stosuje daléj do konieczynéj obrony. Ko-

nieczna obrona jest wzajemnem, jest odwetowanem obrażeniem tego, kto czyje prawo naruszył, ze strony tego, czyje prawo naruszoném zostało. Podstawa koniecznéj obrony leży więc jedynie w tém etyczném wymaganiu, pochodzącem z idei kompensaty. W życiu nieoddzielają dziś dokładnie principiów prawa i odwetu, i często uznają za oparte na idei prawa to, co tylko usprawiedliwia idea kompensaty. Tylko społeczeństwo, tylko sędzia, jako przedstawiciel tego spółeczeństwa, ma prawo do wykonania przymusu, a zatem człowiek pojedyńczy, niemoże mieć prawa do wykonania koniecznéj obrony. Konieczna obrona więc nie jest prawem, ale tylko czyni czynność bezprawną, bezkarną,, a zatém winna mieć swoje miejsce w systemie prawa karnego, pod ogólnemi zasadami wyłączenia karygodności. Karać nie można tego, który działał w stanie koniecznéj obrony, bo kara byłaby tu już odwetém, po za tę równą miarę do kompensaty wymaganą przechodzącym, a zatém byłaby nowem złem samoistném a nie złem wymierzoném jako odwet. Napadający popełnia złe przez swój napad, napadnięty broni się przeciwko niemu, wyrządzeniem mu także złego; jeżeli zatém granice słusznego odwetu utrzymane były, to te dwa złe czyny wzajemnie się równają, znoszą, zacierają i gdyby społeczeństwo chciało jeszcze karać czynność złą, w stanie koniecznéj obrony dokonaną, to ono przez tę karę, nie tylko, że nieutworzyłoby téj równowagi, do kompensaty potrzebnéj, ale przeciwnie wystawioną tę już równowagę zniszczyłoby. Konieczna obrona jest więc wolną od kary, ale tylko w razie konieczności, bo urzeczywistnienie i zabezpieczenie prawa, należy w zasadzie do państwa; tylko państwo ma prawo karania: wszelki więc odwet dokonany przez pojedyńczego, pozewnątrz téj konieczności, byłby naruszeniem tego wyłącznego prawa państwa. (1)

---

(1) Geyer § 6, str. 33.

Geyer w dalszym ciągu, tam gdzie mówi o koniecznéj obronie osób trzecich (1) powiada. Tu jeszcze dobitniéj wykazuje się, jak samo w sobie sprzeczném jest pojmowanie koniecznéj obrony jako prawa. Ponieważ jeden drugiego prawo obraził, czyż dla tego trzeci ma prawo znów prawa tego pierwszego obrazić. To znaczy—ponieważ jeden wszczął spór rozmyślnie, spór ten się niepodoba, to czyż dla tego wszyscy są upoważnieni do sporu? Sprzeczność tych wniosków jasno się tu wykazuje. Z tym trzecim, napadający niewszedł w żaden stosunek, ale on obraził cały porządek prawny. Prawo jednak użycia przeciwko niemu reakcyi przysługuje tylko państwu, pojedyńczy człowiek może się tu tylko narzucić jako negotiorum gestor państwa i jego czyn może być dobrym a nawet bezkarnym wtenczas, gdy on się w słusznéj mierze utrzyma, ale nawet ten trzeci niemoże powoływać się na prawo.

Oto jest cały ten pogląd. Już przeciwko saméj zasadzie rozumowanie Geyera, przeciwko temu odróżnieniu idei prawa od idei odwetu, jako przeciwko nieuzasadnionemu zupełnie ograniczeniu pojęcia prawa, możnaby, zdaje mi się, bardzo wiele powiedzieć, ale odparcie téj podstawy saméj, powinnoby znaleść miejsce w jakim filozoficznym wywodzie i uzasadnieniu pojęcia prawa w ogóle, powinnoby nastąpić w sposób również zasadniczy i sięgający ostatnich podstaw idei prawa, a to nie może już wejść w zakres naszego obecnego zadania. Tutaj może nam tylko chodzić o zastosowanie téj zasady Geyera do naszego przedmiotu, a zatém o odparcie zdania, że konieczna obrona, że bezkarność czynności w stanie koniecznéj obrony dokonanéj, nie opiera się na idei prawa, ale na idei odwetu, na idei kompensaty. O tym poglądzie Geyera wspomnieliśmy już i na innem miejscu, a mianowicie tam, gdzie mówiliśmy o pojmowaniu konie-

---

(I.) Geyer str. 45.

cznéj obrony w prawie Rzymskim i w prawie Kanonicznèm, tu więc tylko przeciwko temu poglądowi w ogóle, o ile on odnosi się do uzasadnienia koniecznéj obrony, bedziemy się starali przywieść niektóre zarzuty. Przedewszystkiem, zdaje mi się, można tu to powiedzieć, że w zasadzie pomiędzy prawem a bezprawiem, pomiędzy więc z jednéj strony tem, co podług prawa się dzieje a z drugiéj tém, co przeciwko prawu się staje, niema żadnego środka, żadnego trzeciego przejściowego punktu (1). Geyer zaś przypuszcza tu jeszcze pewną ideę trzecią, przejściową t. j. ideę odwetu, kompensaty i na téj idei opiera nie prawność, ale bezkarność czynności w stanie koniecznéj obrony dokonanych. Zapewne, że w danym konkretnym wypadku, pewna czynność, która jest bezprawiem, może niebyć karaną, może być bezkarną, ale czynność ta w zasadzie, w przeciwstawieniu do prawa, do czynności prawnych, nie przestaje być czynnością bezprawną. Bezkarność jest pewnem pojęciem konkretném, bynajmniéj nie tak ogólném jak idea prawa. Pomiędzy prawem w ogóle a bezprawiem, bezkarność nie stanowi trzeciego przejściowego punktu. Jeżeli karę, uważać będziemy jako pewną konsenkwencyą bezprawia, mówiąc ściśléj przestępstwa, to bezkarność będzie usunięciem téj konsenkwencyi dla pewnych przyczyn ale nie będzie nigdy pewną ideą zasadniczą, obok idei prawa,, obok bezprawia, na któréj dane czynności oparte, byłyby już z zasady saméj bezkarnemi. Tymczasem to jest myślą Geyera. Powiada on że konieczna obrona nie jest prawem, ale uważa się ją, za bezkarną, z zasady saméj, jako opartą na idei odwetu, kompensaty, na idei współrzędnéj z ideą prawa i równie jak ta ostatnia szerokiéj. Zresztą nawet patrząc ze stanowiska Geyera na to uzasadnienie koniecznèj obrony na idei odwetu, zdaje mi się widoczną pewna sprzeczność

---

(1) Seeger Abhandl. str. 440.

w samem tém uzasadnieniu. Jeżeli poprzednio starałem się zaprzeczyć temu współrzędnemu istnieniu idei prawa i idei kompensaty, tak teraz znów równie silnie wystąpić potrzeba przeciwko temu odniesieniu bezkarności koniecznéj obrony do téj idei odwetu. Odwet już według swéj natury może tylko nastąpić względem czegoś dokonanego, skończonego, jasno-rysującego się w przeszłości; skompensować można to tylko, co już istnieje i co jest pewném i niezawodném; konieczna obrona zaś, już jako obrona, następuje względem tego, co ma się stać dopiero, względem niebezpieczeństwa, które dopiero zagraża, a zatém które nie dokładnie jeszcze przedstawia się w przyszłości. Gdybyśmy więc nawet z Geyerem mogli przypuścić istnienie idei odwetu, kompensaty, jako pewnéj idei obok idei prawa samoistnie istniejącéj, to jednak nie moglibyśmy do niéj odnosić uzasadnienia koniecznéj obrony. Poczęści nie wprost, ale pośrednio, zdaje się Geyer sam to uznawać. Powiada on (1) że nawet zagrożenie napadem jest bezprawiem, które wymaga kompensaty. Jeżeli więc konieczna obrona ma być tą kompensatą, tym odwetem ze strony zagrożonego napadem, to miarą tego odwetu niemogłoby być nic innego, jak tylko rzeczywiste, już w prze złości istniejące obrażenie jakiego prawa, w samem tem zagrożeniu napadem leżące. To zaś obrażenie, o tyle, o ile ono tkwi w tem zagrożeniu samem, nie jest niczém inném, jak tylko pewném ograniczeniém tego, przeciwko któremu zagrożenie to jest skierowane w jego wolności woli i działaniu. Miarą zatem koniecznej obrony, jako pewnego odwetu, byłaby wielkość tego ograniczenia, byłoby to, jak wielką wagę ma dla zagrożonego to, aby on w wolności swej woli i działaniu ograniczonym nie był. Tymczasem zasady tej Geyer nieprzeprowadza konsekwentnie. W § 7 tam, gdzie on mówi o mierze koniecznéj obrony, za miarę tę raz uważa on rodzaj i spo-

(1) Geyer § 3, str. 21.

sób napadu, drugi raz zaś quantum zagrożenia. W ogóle Geyer tłomaczy się tu bardzo niejasno, ale zdaje się, że miarę tę uważa on jako coś pośredniego pomiędzy odwetém za bezprawie już dokonane, a koniecznością odwrócenia niebezpieczeństwa, które dopiero zagraża. Tam gdzie on mówi o koniecznéj obronie majątku (1), powiada wyraźnie, że w tém quantum zagrożenia, które jest tą miarą koniecznéj obrony, nie mieści się tylko samo zagrożone dobro. Widocznie więc tu Geyer przypuszcza także ów element przyszły, niepewny; nie tylko ma na myśli bezprawie już dokonane, które ma być przez konieczną obronę skompensowaném, ale nadto i bezprawie dopiero grożące, które ma być odwróconém. Jeżeli więc to teraz zastosujemy do tego, co Geyer mówi o samem zagrożeniu napadem, jako bezprawiu wymagającém odwetu, a więc dozwalającem koniecznéj obrony, to przekonamy się, że Geyer w ustanowieniu miary koniecznéj obrony w tym razie, niema tylko na myśli zagrożenia ze względu na przeszłość, a więc zagrożenia, które pozostało zagrożeniem tylko, ale nadto i zagrożenie to ze względu na przyszłość t. j. ze względu na niebezpieczeństwo, jakie z tego zagrożenia wyniknąć może dla zagrożonego. Pośrednio więc Geyer dochodzi do uznania: że konieczna obrona rozciąga się i na przyszłość, a nie na przeszłość, na grożące bezprawie a nie na bezprawie dokonane, że ona jest zatem w istocie obroną a nie odwetem, a nie kompensatą. Temu odniesieniu uzasadnienia koniecznéj obrony, do idei odwetu, sprzeciwia się już sama natura obrony: nie można mówić o obronie przeciwko temu, co się już stało, nie można mówić o odwetowaniu, o skompensowaniu tego, co ma się stać dopiero.

Odnosi więc Geyer uzasadnienie koniecznéj obrony do idei odwetu i uznaje bezkarność czynności w stanie konie-

(1) Geyer § 7, Uwaga I.

cznej obrony dokonanych, dla dwóch przyczyn: raz że obadwa bezprawia t. j. z jednej strony napad, z drugiéj strony konieczna obrona, wzajemnie się, zacierają i równoważą (1) i powtóre występuje tu u Geyera ów wzgląd etyczny, owo etyczne wymaganie, że ten spór się nie podoba (2). Pierwsza przyczyna którą tu Geyer przytacza, pozostaje w ścisłym związku z jego uzasadnieniem koniecznéj obrony, z ową ideą odwetu, kompensaty. Powiada on, że napad i obrona, jeżeli miara obrony utrzymaną została, wzajemnie się znoszą, równoważą, zacierają; gdyby więc państwo za czynności w stanie koniecznéj obrony dokonane, karać chciało, to ta kara nietylko, że nietworzyłaby téj równowagi, tak jak ona ją tworzy wtedy, gdy następuje jako reakcya przeciwko przestępstwu, nie w koniecznéj obronie dokonanemu, ale nadto niszczyłoby tę równowagę już istniejącą i byłaby nowem złem samoistném. Przeciwko temu powstaje już sama natura koniecznéj obrony. To co Geyer powiada, prowadzi wprost do rezultatu tego, że napadnięty, a zatém będący w stanie koniecznéj obrony, równie wielkie obrażenie napastnikowi wyrządzić winien, jak to które mu ten ostatni wyrządził, i to bez względu na to czy ta miara do odparcia niebezpieczenstwa a zatém i do obrony, z jednéj strony była wystarczającą, a z drugiéj czy była konieczną lub nie. Tu więc znów Geyer zapoznaje prawdziwą naturę koniecznéj obrony i w miéjsce niéj stawia zemstę, jakkolwiek nie nieskończoną, ale ograniczoną, przez pewne objektywne granice, przez miarę poniesionego obrażenia. Zresztą z tem znów stoi w sprzeczności to, co Geyer w § 7 jako miarę koniecznéj obrony stawia, jakto już wyżéj dowieść się starałém. Podobnież nieuzasadnioną wydaje mi się i ta przyczyna druga, którą Geyer przytacza. Trudno jest zrozumieć znaczenie

---

(1) Geyer str. 15.
(2) Geyer str. 21.

tego etycznego względu, dla uzasadnienia bezkarności czynności w stanie koniecznéj obrony dokonanych. Dla czego spór każdy ma się niepodobać? ma wywołać ową etyczną naganę? Gdyby tu Geyer położył jeszcze tę granicę: „spór bezprawny" byłoby może więcéj prawdy w jego zdaniu. Zresztą przypuściwszy to nawet, że każdy spór, każda walka wywołuje ową etyczną naganę, to wzgląd ten posłużyłby raczéj do zupełnego wyłączenia koniecznej obrony, jak do uzasadnienia jéj bezkarności. Geyer zdaje się o tém zapominać, że napad, jakkolwiek jest przyczyną sporu, sam jednak sporu nie tworzy; napadający jest dopiero jedną stroną, a do sporu, do walki, przynajmniéj dwóch stron potrzeba: właściwie więc rzeczy biorąc, to dopiero obrona spór tworzy, bo w niéj napad, który był kierunkiem jednostronnym, napotyka swoje przeciwdziałanie. Jeżeli więc postawimy zasadę, że każdy spór niepodoba się temu etycznemu wymaganiu, to konsekwentnie przeprowadzając tę zasadę, należałoby raczéj powiedzieć, że napadnięty winien się dobrowolnie poddać temu, czego napadający od niego żąda, bo wówczas sporu zupełnie uniknęłoby się i to etyczne wymaganie, byłoby zupełnie zaspokojoném. (1)

Dłużéj się nieco zastanowiłem nad poglądem Geyera, jak na to ciasne ramy naszego zadania dozwalały, ale usprawiedliwienie moje choć w części znajduję w saméj nowości i oryginalności téj teoryi, która tak specyalnie do naszego przedmiotu się odnosi, a która dotąd prawie bez zaprzeczenia w nauce pozostała.

Ostatnim poglądem, który spotykamy na drodze rozpatrzenia nauki nowszéj, o ile ono do uzasadnienia koniecznéj obrony się odnosi, jest pogląd Seegera. Seeger w swojéj monografii, nie tworzy żadnego systemu, nieprzeprowadza żadnéj zupełnie wykończonéj teoryi, nie traktuje przedmiotu w sposób całkowity i wyczerpujący, zadowalnia się tylko

(1) Seeger Abhandl. 440....

krytyką dotychczasowych poglądów i krótkim zbiorem pewnych propozycyi na przyszłość, jako wskazówek dla dalszego rozwoju nauki w tym przedmiocie. Wksiążce jego jednak, spotykamy myśl pewną, która jakkolwiek nie odnosi się wprost do uzasadnienia koniecznej obrony, wiele nam w tém obecném zadaniu rozświetla. Uważa on konieczną obronę (1) jako podpadającą pod szersze pojęcie własnéj pomocy, pod dalszą kategoryą samowładnego działania, i przeprowadza myśl pewnego analogicznego stosunku pomiędzy systemem własnéj pomocy, a, więc i koniecznéj obrony, do państwowéj władzy wykonawczéj, a pomiędzy zwyczajem, prawem zwyczajowem do władzy prawodawczej, do prawa stanowionego. Powiada on, że konieczna obrona, tworzy najważniéjszy wyjątek od całego systemu zakazanego samowładnego działania, o ile to ostatnie łączy się z wkroczeniem w zakres prawny drugiéj osoby. Zakaz ten jednak, który jest regułą nieodparcie konieczną w społeczeństwie zupełnie wykształconem, opiera się już na pewnym dalszym rozwoju prawnym: inaczéj bowiem można zawsze sobie przedstawić wypadki, w których prawo samo w przeważnéj ilości tych zdarzeń, gdy ono zaprzeczoném lub obrażoném zostało, urzeczywistnia się nie przez władzę państwową, ale przez działalność pojedyńczego, jako takiego, nawet wtedy, gdy to urzeczywistnienie, tylko przez wykonanie przymusu względem zaprzeczającego, nastąpić może. W każdym człowieku żyje poczucie i pewna świadomość na tém poczuciu oparta, jakkolwiek nie zawsze wyraźna, o ogólnie prawnym porządku, do którego każdy stosować się musi i tam gdzie urzeczywistnienie prawa nie następuje przez publiczne instytucye, tam to poczucie i ta świadomość tem jaśniéj wystąpią, uzbroją rękę pojedyńczego człowieka przeciwko bezprawnemn napadowi, pokierują nią dla obrony zagrożonego lub dla zemsty pokrzywdzonego prawa, w potrzebie powo-

(1) Seeger Abhandl, § I, str. 173.

łają do jego urzeczywistnienia najprzód najbliższych, a w konieczności cały naród nawet, przez co wyłączą możność trwałego oporu przeciwko porządkowi ogólnemu, zgodnemu z kierunkiem ducha wszystkich. W społeczeństwie na tym stopniu, władza prawodawcza tworząca normy prawa z zupełną świadomością, albo zupełnie nie istnieje, albo jest czynną w niedostatecznych początkach zaledwie. Jak mało nam jednak ten brak lub niedostatek władzy prawodawczéj przeszkadza mówić o prawie, o zasadach prawnych i o instytucyach prawnych, tak równie mało, brak lub niedostatek wykonawczéj działalności państwowéj, wyłącza ideę urzeczywistnienia prawa w tym pierwotnym stanie społeczeństwa. (1) Tu Seeger (2) przestrzega się przed pewnym zarzutem, który można mu byłoby uczynić, nie myśli on bynajmniéj o tak zwanym stanie natury, o owem bellum omnium contra omnes, o owym stanie wymyślonym przez filozofiją czasu przeszłego, a który w istocie nie istniał; owszem chce on tu mówić o pewnem społeczeństwie na niższym szczeblu rozwoju prawnego stojącem, ale zawsze o społeczeństwie już uporządkowaném, i stawia zasadę, że w tym stanie początkowym, systém własnéj pomocy, systém samowładnego działania, staje się podobnym do władzy państwowéj wykonawczéj, podobnie jak zwyczaj do władzy prawodawczéj, jak prawo zwyczajowe do prawa stanowionego. We własnéj pomocy i prawie zwyczajowem, prawna wola narodu dochodzi do równie materyalnego urzeczywistnienia, do równie materyjalnéj mocy prawnéj, jak i przez działalność władzy państwowéj, bądź to władzy prawodawczéj, bądź wykonawczéj, a tylko sam sposób, w jakim ta wola narodu do swego urzeczywistnienia przychodzi, stoi na niższym stopniu rozwoju, bo tu istocie prawa nie odpowiada jeszcze zupełnie wykończona forma zewnętrznego objawu, czy to jako świado-

---

(1) Ihering Geist des Röm. Rechts I, str. 116,—196.
(2) Seeger Abhandl. 175.

mie wypowiedziana formuła prawa, czy to jako uporządkowanie danego pojedyńczego stosunku, przez zastosowanie owéj normy powyższéj. I jak to chwianie się, ta niedokładność prawa zwyczajowego, szkodzi jasności prawa, podobnie a nawet tem bardziéj, zagrożone jest prawne ukonstytuowanie pojedyńczego stosunku, urzeczywistnienie pewnego subjektywnego prawa, przy braku bezstronnej władzy wykonawczej, bo tu urzeczywistnienie to zawisło od przypadkowego rezultatu walki, a często od działalności tego, którego sąd i wola, przez udział w sprawie zamącone zostały. Tak więc, jak z jednéj strony, sama potrzeba naprowadza na wyraźne określenie tego, co jest prawem, tak z drugiéj strony taż sama potrzeba popycha do postawienia pewnego bezstronniejszego rodzaju i sposobu, w jakim objektywne prawo, do pojedyńczego przypadku ma być stosowaném.

W tym poglądzie Seegera, zdaje mi się, bardzo wiele leży prawdy.

Nie chodzi mi tu bynajmniéj o ocenienie téj paralelli stosunku pomiędzy zwyczajem i władzą prawodawczą, a pomiędzy systemem własnéj pomocy i władzą wykonawczą: ocenienie tego analogicznego stosunku, przyjęcie go lub odrzucenie, do nas należeć nie może. Słuszność tego poglądu widzę w odniesieniu istnienia systemu własnéj pomocy, a zatem i konieczn éj obrony, do pewnéj naturalnéj konieczności. Podobnie jak zwyczaj nieprzestanie być źródłem prawa, bo władza prawodawcza wszystkiego przewidzieć nie może, podobnie i system własnéj pomocy, i konieczna obrona, nie mogą być wyłączone, bo władza wykonawcza nie może być wszędzie obecną. Słusznie powiada Haller [1]), że zupełne wyłączenie własnéj pomocy, jest życzeniem złego, a nie dobrego, postulatem bezrozumu, a nie rozumu. Jeżeli więc ten pogląd Seegera, samego uzasadnienia koniecznej obrony nam nie podaje, to dostarcza nam jednak

[1]) Haller. Restauration der Staatswissenschaft vol. I str. 412.

rad i wskazówek, jakich przy poszukiwaniu własném tego uzasadnienia, trzymać się będziemy.

W tym krótkim historycznym przebiegu, jaki podaliśmy poprzednio, w tém treściwem przedstawieniu rezultatów nauki nowszéj, o ile to było możliwem w ciasnych ramach naszego zadania, pozyskaliśmy już pewne dane, na których rozumowanie nasze oprzeć możemy, które oświecać nas będą w tem naszem studyum. Powiedzieliśmy już powyżéj, że zbierając rezultaty nauki najnowszéj o tyle, o ile one do ostatecznego uzasadnienia koniecznéj obrony się odnoszą, widzimy dwa zdania główne: jedno które przyznaje istnienie samego prawa koniecznéj obrony, które zatem czynność w stanie koniecznéj obrony dokonaną uważa za następującą w wykonaniu pewnego prawa, a zatém za prawną; i zdanie drugie, które przeczy prawu koniecznéj obrony, które czynność w stanie koniecznéj obrony dokonaną, uważa za bezprawną w zasadzie, i zapewnia jéj tylko niepoczytanie, w uzasadnieniu którego do różnych odnosi się zasad. Oto są dwa zdania krańcowe, dwie alternatywy, pomiędzy któremi zamyka się całe rozumowanie nauki nowszéj, chyląc się już to na jedną, już to na drugą stronę. W studyum tem naszem, spotykamy się więc przedewszystkiem z kwestyą główną, istotną, zasadniczą t. j: z kwestyą, czy ostateczną zasadą koniecznéj obrony jest prawo lub nie, a zatem z kwestyą istnienia prawa koniecznéj obrony. Czy istnieje prawo koniecznéj obrony, tak że ten, kto w stanie koniecznéj obrony działał, prawa napadającego obraził, działał na mocy pewnego prawa i czyn jego jest prawny? czy też konieczna obrona uważana być winna tylko jako pewien stosunek faktyczny, jako pewien stan, który uwalnia od kary, czyni bezkarną czynność bezprawną w stanie tym dokonaną, ale czyn ten w zasadzie pozostaje niemniéj bezprawnym.

Jakkolwiek to ostatnie zdanie bronione jest przez ludzi, których zasług na polu prawa dość ocenić nie mo-

żna [1]), zdaje mi się jednak, że w wyborze tych dwóch przekonań, chwiać się niepodobna. Konieczną obronę pojmujemy jako obronę pewnego prawa przeciwko bezprawnemu napadowi, który prawo to chce zniszczyć lub naruszyć, daléj jako obronę dokonaną przez napadniętego przy istnieniu warunku konieczności t. j. przy braku innych środków uniknięcia niebezpieczeństwa, któremu napad zagraża. Czyż więc obrona prawa, o ile ona jest rzeczywiście obroną i o ile ona rzeczywiście w obronie pewnego prawa następuje, może być bezprawną? Tu już sama natura prawa o tem rozstrzyga. Praktycznym celem każdego prawa, każdego subjektywnego uprawnienia, jakie kto posiada, jest urzeczywistnienie tego prawa, tego uprawnienia, jeżeli więc kto posiada jakie prawo, to ma także i prawo urzeczywistnienia tego prawa, ma więc i prawo jego obrony tam, gdzie ono naruszonem być może. Płynie to już z natury saméj, z istoty saméj tego prawa. Gdybyśmy czynność w stanie koniecznéj obrony dokonaną, nie uważali za prawną, ale w zasadzie za bezprawną i za taką tylko, któréj bezkarność ten stan koniecznéj obrony powoduje, to tem samem czynność dążącą do urzeczywistnienia pewnego prawa, jakie kto posiada, uważalibyśmy za bezprawną. Jeżeli ja mam jakieś prawo i jeżeli ktoś chce mi bezprawnie to moje prawo naruszyć, to czyż ja niemogę mojego prawa bronić, czyż ja niemam prawa jego obrony? Czyż jeżeli ja to prawo posiadam, to każdy je może dowolnie naruszać i czynność moja przez którą ja chcę to naruszenie prawa, które jest mojem, oddalić, jest bezprawną?

Konieczną obronę uważamy więc jako pewną formę urzeczywistnienia, utrzymania w całości pewnego prawa [2]), i ten kto jakie prawo posiada, ma zarazem i prawo koniecznéj obrony tego prawa. Powiedzieliśmy już, że konieczna obrona jest

---

1) Stelzer Grundsätze I, 91, 93, 97. Jarke I, 144 § 23. Hye Commentar I, 198, 199. Temme Lehrb. d. Schweiz. Strafrechts § 49. Zöpfl N. A. 1843 str. 42. Mittermaier z. Feuerbach § 36, po części Geyer § 2.

2) Prof. Hälschner § 65 str. 252.

obroną pewnego prawa, dokonaną przez bezprawnie napadniętego; przybywa więc tu pewien moment jeszcze, na który ci, którzy istnieniu prawa koniecznéj obrony zaprzeczają, szczególną zwracają uwagę. Powiadają oni mianowicie, że jeżeli uznamy prawo koniecznéj obrony, to tem samem w zasadzie dozwolimy już przekroczenia granic koniecznéj obrony, bo ten, kto to prawo wykonywa, działa podług subjektywnego swego mniemania, jest sam silnie interessowanym. Z tego więc niebezpieczeństwa przekroczenia granic koniecznéj obrony, czynią oni argument przeciwko istnieniu samego prawa koniecznéj obrony [1]), ale czyż to niebezpieczeństwo tylko przy koniecznéj obronie istnieje, czyż ono nie zachodzi i przy prawach innych jak przy własności, użytkowaniu i t. d. a czyż komu przyszło na myśl, dlatego że to niebezpieczeństwo istnieje, przeczyć samemu istnieniu tych praw. Zresztą zarzut ten nie jest istotnym, odnosi się on do tego, że ten, kto to prawo koniecznéj obrony posiada, może prawa tego nadużyć, a więc odnosi się do pewnego niebezpieczeństwa na przyszłość, do samego wykonania koniecznéj obrony, ale nie do istnienia, nie do saméj zasady prawa koniecznéj obrony. Uznajemy zatem przedewszystkiem, że ten kto działa w obronie swego prawa, w obronie urzeczywistnienia swego subjektywnego uprawnienia, niemoże działać bezprawnie, skoro on tylko w granicach obrony zamyka się. Przyznajemy więc jak najpełniéj istnienie prawa koniecznéj obrony, jako prawa, a nie jako pewnego stanu faktycznego tylko, któryby czyn bezprawny, w stanie tym dokonany, uwalniał od kary. Każde prawo, jakie kto posiada, jest rzeczywistem, samem w sobie, jest tem, co urzeczywistnionem być może, nie jest bezsilnem i wystawionem na dowolność osób trzecich; ten więc kto broni swego prawa, działa siłą swego prawa, a więc działa prawnie i obrona prawa jest prawną.

Uznajemy więc przedewszystkiem samo istnienie prawa koniecznéj obrony, daléj powiadamy, że to prawo nie jest ża-

---

[1]) Prof. Hälschner § 65 Ammerk. I str. 256.

dnem prawem szczególnem, któreby dana osoba jako przedmiot prawa, obok praw innych posiadała, ale uważamy je jako pewne prawo ogólne, formalne, przez które dane szczególne prawo urzeczywistnia się i utrzymuje w obec bezprawnego napadu, który prawo to chce zniszczyć lub naruszyć. To jest tyle, co do odpowiedzi na pytanie: czy prawo konieczněj obrony istnieje?

Z kolei musimy chwilę zastanowić się nad sporem, jaki już po przyznaniu istnienia prawa koniecznéj obrony w najnowszéj nauce dotąd istnieje, co do pojmowania samego tego prawa koniecznéj obrony. W przeciwstawieniu do poglądu, który to prawo uważa jako naturalne, przyrodzone, już z natury saméj przysługujące każdemu człowiekowi, z jego natury płynące [1], stoi teorya, która prawo to chce dedukować z istoty państwa, z pewnéj ujemnéj strony jego istnienia [2]. Luden [3]) wyraźnie mówi: w skutek przepisu ustawy karnéj, w koniecznéj obronie wyrządzone obrażenie prawa, nie jest bezprawne. Podobnież H. A. Zachariä [4], w polemice przeciwko Ludenowi dowodzi, że konieczna obrona ma początek swój w państwie, bo tam gdzie opieka państwowa nie wystarcza, jako prawo pewne dedukowane z jego istoty, przechodzi ono na napadniętego. Najjaśniéj jednak, najwyraźniéj tę dedukcyą prawa koniecznéj obrony z istoty państwa, przedstawia Köstlin [5] i w ślad za nim idący Levita [6]. Dwaj ci pisarze w ogóle odnośnie do

---

[1]) Hälschner str. 253 Wessely 38, Friedrich 15, prof. Budziński 113 bis.

[2]) Richter Philos. Strafr. 135, Luden Hdb. I, 292—294, Abhandl. II, 476. Mittermaier z. Feuerb. Lehrb. § 37 I, Beseler Comm. z. Preuss. Strafges. 1851 str. 185 Köstlin N. Revis 708, System § 28, Levita str. 17—20, Gregory str. 8.

[3]) Luden Abhandl. II, 476.

[4]) Zachariä. Archiv. des Criminal.-Rechts. neue Folge 1841, XV, str. 422.

[5]) Köstlin Syst. § 28, N. Rev. 708—715.

[6]) Levita 17—20.

naszego przedmiotu, stoją na gruncie filozofji Hegla, uzasadniają prawo koniecznéj obrony na wewnętrznéj nicości bezprawia, ale poszukują daléj bezpośredniego źródła tego prawa, bliższéj przyczyny jego powtarzania, i przyczynę tę znajdują w pewnéj antinomji, jak Köstlin powiada, która istnieje pomiędzy prawem zapewnienia obrony, do jakiéj państwo wyłączną rości pretensyą, a pewnemi nieuniknionemi ograniczeniami, którym ta obronna działalność państwa, w rzeczywistości koniecznie ulegać musi. Antinomia ta może być tylko rozwiązaną przez przyjęcie prawa koniecznéj obrony, przysługującego każdemu obywatelowi. Państwo, powiadają ci pisarze, ma prawo i obowiązek zapewnienia opieki i obrony swoim poddanym, nadto prawo to jest wyłącznem prawem państwa, nikt więcéj do niego pretensji rościć nie może, ale tam, gdzie państwo prawo to wykonywa, napotyka jego działalność pewne ograniczenia, których uniknąć nie może, bo już samo życie je z sobą przynosi. Państwo nie może być wszędzie obecnem, nie może przeszkodzić w zasadzie samemu istnieniu bezprawnych napadów, muszą więc zawsze być przypadki, w których pojedyńczy pozostawiony jest bez opieki państwa: ztąd powstaje pewna antinomia, pewna sprzeczność, państwo rości wyłączne prawo do zapewnienia opieki i obrony swoim poddanym, których w rzeczywistości ono zawsze zabezpieczyć nie może. Dla rozwiązania więc téj sprzeczności, przyjąć należy, że obywatelowi przysługuje prawo koniecznéj obrony tam, gdzie państwo téj obrony zapewnić mu nie może, bo gdyby indywiduum zagrożone utratą jakiego prawa, powiada Köstlin [1]), obowiązane było utratę tę przyjmować zimno i spokojnie, wtedy państwo nadałoby bezprawiu siłę obowiązującą, postawiłoby bezprawie na miejscu prawa.

Takie jest rozumowanie Köstlina i Levity. W ogóle najprzód uznają oni konieczność zniszczenia bezprawia, wewnętrz-

1) Köstlin. System § 28 str. 75.

ną jego nicość, za podstawę dla prawa koniecznéj obrony, ale potem zwracają się do państwa i w jego istnieniu, w téj antinomji pewnéj, widzą bezpośrednią przyczynę jego powstania. Trudno jest się jednak téj antinomji dopatrzeć, bo nie można powiedzieć, aby państwo w rzeczywistości wyłączne prawo do zapewnienia téj obrony rościło. Już sam Köstlin, jak i Levita [1]), powiadają, że działalność państwa w celu obrony i zabezpieczenia praw poddanych, przedstawia się w dwóch kierunkach, najprzód jako pewna działalność sądowa, jako wymiar sprawiedliwości, a daléj jako działalność policyjna.

Działalność sądowa przypuszcza już istnienie spełnionego przestępstwa, nie może się więc ona spotkać z przestępstwem dopiero grożącem. Jest tu różnica istotna i zasadnicza kary od obrony. Działalność zatem państwowa, jako działalność sądowa nie może rościć pretensyi do wyłącznego prawa zapewnienia opieki pojedyńczym indywiduom.

Sąd karny ma do czynienia z przestępstwem już spełnionem, już istniejącem, celem zaś koniecznéj obrony jest odparcie grożącego dopiero naruszenia prawa, jest obrona przed tem naruszeniem. Przedmiot tu więc jest zupełnie inny i państwo jako działalność sądowa, prawa do téj wyłączności zupełnie nierości i rościć nie może. Daléj działalność ta państwa, w celu zachowania obrony praw poddanych, przedstawia się jako działalność policyjna. Zadaniem policyi niezawodnie, a w szczególności zadaniem policyi kryminalnéj, jest zapobiegać przyszłym obrażeniom prawa, przestępstwom grożącym dopiero. Ale już słusznie zauważył tu sam Köstlin, że policyjna działalność państwa, ogranicza się tylko do ogólnych i ciągłych możliwości bezprawia i nie może ona bynajmniéj dążyć do tego, aby każdego i w każdéj chwili opieką swoją otaczać, aby każdemu możliwemu obrażeniu prawa, zapobiedz. I tu więc również państwo nie rości pretensyi do tego wyłącznego prawa zape-

[1]) Köstlin. System § 28 str. 75. Levita 19, 20.

wnienia opieki i obrony swoim poddanym. Trudno jest więc dopatrzeć są téj antinomji, dla rozwiązania któréj podług Köstlina i Levity, koniecznem jest przyjęcie prawa konieczńej obrony, jako pewnego prawa pomocniczego, subsidyarnego, któreby występowało tam, gdzie państwo obowiązkowi swemu dostarczenia obrony, odpowiedzieć nie może.

Ta obronna, opiekuńcza działalność państwa, niezawodnie w życiu, w praktycznem zastosowaniu, ulega pewnym nieuniknionym ograniczeniem, ale dla tego jednak żadna antinomia ztąd nie powstaje, bo już jak wykazuje się z tego, co Köstlin i Levita daléj sami powiadają, państwo bynajmniéj nie rości pretensyi do wyłącznego prawa obrony i zabezpieczenia praw swoich poddanych [1]).

Zresztą to postawienie prawa konieczńej obrony tylko jako pewnego środka pomocniczego, dla uzupełnienia, in subsidium dodanego, wyłącznemu prawu państwa zapewnienia obrony, które to ostatnie jest zawsze prius, zawsze pierwszem, tak że to pierwsze prawo obrony ma swoje źródło tylko w pewnych ograniczeniach, jakim to prawo państwa w życiu, w rzeczywistości koniecznie podlegać musi, nie wydaje mi się uzasadnionem. Konkretny i dobitny przykład przeciwko téj dedukcyi prawa konieczńej obrony z natury państwa, podaje prof. Hälschner. Powiada on [2]): jeżeli wyobrazimy sobie dyliżans pocztowy, jadący pod konwojem siły wojskowéj, który w drodze napadnięty został przez rozbójników, i jeżeli do tego dodamy warunek, że podług wszelkiego prawdopodobieństwa, konwój ten zupełnie wystarczał do odparcia napadu, to czyż jednak nie uznamy za wolnego od kary podróżnego, który w bitwie udział bierze i rozbójnika zabija w walce. Podług tego poglądu Köstlina i Levity, w tym danym przypadku, podróżnemu temu, prawo konieczńej obrony nie służy, bo tu to wyłączne prawo państwa do zapewnienia obrony swoim poddanym, wystarcza.

---

[1]) Hälschner 254, 255.
[2]) Hälschner 256.

Wreszcie przeciwko temu poglądowi to jeszcze powiedzieć można, że on sprzeciwia się nowym poglądom na państwo, tak jak je życie i nowsza nauka z sobą przyniosły. Cały teraźniejszy rozwój, przedstawiający się zarówno w nauce, jak i w politycznych wypadkach, dąży do zapewnienia indywiduum, jako takiemu, jak największéj swobody, jak największéj indywidualnéj autonomii. Jeżeli więc Köstlin powiada, że państwo rości wyłączną pretensyę do zapewnienia obrony swoim poddanym, ale dla tego, że ono jéj w rzeczywistości, zawsze zapewnić nie może, służy każdemu obywatelowi prawo konieczném obrony tam, gdzie mu państwo téj opieki jego praw nie zabezpiecza, to słuszniejszem zdawałoby się, to rozumowanie Köstlina odwrócić. Nie dla tego pojedyńczy obywatel ma prawo koniecznéj obrony, że opieka, do zapewnienia któréj państwo ma wyłączne prawo, w rzeczywistości podlega pewnym nieuniknionym ograniczeniom, ale dla tego państwo ma to prawo i ten obowiązek zapewnienia opieki, że indywiduum nie zawsze jest w stanie samo dostateczną obronę sobie zabezpieczyć. Zadaniem państwa w ogóle nie jest bynajmniéj opiekować się obywatelem na każdym kroku, czuwać nad nim i za niego działać, owszem ono pozostawia mu jak największą swobodę działania; i tam dopiero, gdzie siły pojedyńczego człowieka nie wystarczają, gdzie są do spełnienia zadania, wymagające więcéj sił i czasu, jak to dać może jednostka — tam dopiero występuje państwo, jako związek wyższy i osiąga zadania, które po za zakresem pojedyńczéj leżą działalności. Prawo więc koniecznéj obrony, nie wynika bynajmniéj z téj autonomji pewnéj, jak utrzymuje Köstlin, nie istnieje tylko dla tego, że obrona, którą państwo ma zapewnić, nie zawsze i nie wszędzie może być obecną, ale prawo to istnieje najzupełniéj zgodnie z tem prawem państwa, z tą opiekuńczą działalnością, którą zapewnić, jest państwa obowiązkiem. Przypominamy tu to, co Seeger mówi o podobieństwie pomiędzy zwyczajem a systemem własnéj pomocy w stosunku do władzy prawodawczéj i do władzy wykonaw-

czéj [1]). Pogląd Köstlina ma więc słuszność o tyle, o ile on wykazuje konieczność istnienia konieczněj obrony, niemożność jéj wyłączenia i zakazania, ale całe dalsze jego rozumowanie usprawiedliwić się nieda.

Zbierając więc w jedną summę to wszystko, co dotąd powiedzieliśmy, otrzymujemy rezultat następny. Najprzód istnieje pewne prawo koniecznéj obrony;daléj prawo to nie jest żadnem prawem szczególnem, które dany podmiot prawa posiada obok praw innych, ale jest prawem ogólnem, formalnem, bez wyraźnie wskazanéj treści, a raczéj z zadaniem ogólnem obrony prawa przeciwko bezprawiu; wreszcie prawo koniecznéj obrony jest pewnem prawem naturalnem, przysługującem każdemu człowiekowi i którego źródłem nie jest bynajmniéj istnienie państwa, pewna niedostateczna jego działalność odnośnie do zabezpieczenia praw swoich poddanych przeciwko możliwym ich obrażeniom. Z porządku rzeczy musimy się obecnie krótką chwilę zastanowić nad pytaniem, gdzie szukać podstawy prawa koniecznéj obrony? gdzie odnieść jego uzasadnienie? skoro dedukcyi tego prawa z natury państwa zaprzeczyliśmy. Kant szuka téj podstawy w przypuszczeniu pewnego prawa naturalnego obrony, prawa przedpaństwowego i pozapaństwowego, które to prawo pojmuje on w przeciwstawieniu do praw, które dopiero w państwie i przez państwo zyskują swoje istnienie. Tak samo postępuje cała szkoła Kanta. Ale przypuszczenie to prowadzi nas tylko na bezdroża i przeciwko niemu można powiedzieć to wszystko, co nauka przeciwko teoryi kontraktu, przeciwko fikcyi stanu natury wyrzekła [2]). Szkoła na gruncie filozofji Hegla stojąca, w dążeniu do uzasadnienia prawa koniecznéj obrony, zwraca się do bezprawia samego, które tę konieczność obrony wywołuje, do jego natury, i zasadę tę znajduje w jego wewnętrznéj nicości, w odmówieniu temu bezprawiu absolutnego istnienia.

---

[1]) Seeger § I str. 173.

[2]) Rossi I str. 178.

Ale i ten pogląd się nie utrzymał. Z jednéj strony spotyka go słuszny zarzut, że niema konieczności unicestwienia bezprawia, bo skoro ono jest wewnętrznie niczem, a więc niszczonem być nie potrzebuje, z drugiéj strony prowadzi on do myśli krańcowéj, że prawo koniecznéj obrony, jest nietylko prawem, ale i obowiązkiem każdego człowieka. Teoryi Köstlina i Levity, dedukującéj prawo koniecznéj obrony z istnienia państwa samego, staraliśmy się zaprzeczyć powyżéj. Obok tych wszystkich poglądów, inaczéj przedstawia się kierunek, który w uzasadnieniu prawa koniecznéj obrony, zwraca się do saméj natury człowieka i zasadę tego prawa znajduje w jego instynkcie zachowawczym, w przyrodzonem jego uczuciu, w tem, że każdy człowiek ma prawo bytu i dobrobytu

Pogląd ten przyjmują: Trébutien, Rossi, Chauveau i Hélie, Friedrich idący śladem Schopenhauera i Trendelenburga [1]) i Ortolan [2]). Pogląd ten ma bardzo wiele za sobą, ale nie unika jednak pewnego zarzutu, który mu słusznie, zdaje mi się, zrobiony być może. Uzasadnia on prawo koniecznéj obrony na wrodzonem człowiekowi uczuciu, na jego instynkcie zachowawczym, ale w ten sposób, uzasadnione prawo to, istniałoby tylko subjektywnie, tylko względem samego napadniętego, względem tego, który się w stanie koniecznéj obrony znajduje. Na czemże więc wtedy uzasadnić prawo koniecznéj obrony osób trzecich? Ortolan powiada [3]): każdy człowiek ma prawo zachowania i dobrobytu. Rossi [4]): prawo bytu i dobrobytu, i konieczna obrona jest bezpośrednią reakcyą tego prawa; ale każdy człowiek ma prawo bytu i dobrobytu swojego tylko, na mocy więc tego prawa mógłby on bronić swojego tylko bytu i dobrobytu i na

---

[1]) Trèbutien § III 1 vol. str. 138, Rossi I, 152, Chauveau et Hélie Theorie 4, 172 Friedrich 15, Schopenhauer die Welt als Wille und Vorstellung I, 400. Trendelenburg. Naturrecht 76, 161.

[2]) Ortolan Elements. I, str. 168.

[3]) Ortolan I, str. 168 nr. 417.

[4]) Rossi I, str. 152.

téj podstawie prawo konieczném obrony istniałoby tylko dla obrony siebie i praw swoich. Wszyscy ci jednak pisarze przyjmują prawo koniecznéj obrony osób trzecich, na czemże więc je uzasadnić? Wszak chrześcijański obowiązek miłości bliźniego nie może być tem uzasadnieniem? Tu więc już okazuje się potrzeba pewnéj podstawy objektywnéj, zewnętrznéj, dla natury człowieka, pewnego uzasadnienia, na którem oparte prawo koniecznéj obrony istniałoby objektywnie, przedmiotowo, bez względu na to, czy je wykonywa sam napadnięty lub inna jaka osoba. Tę objektywną zaś podstawę dla prawa koniecznéj obrony, znajdujemy nie w naturze człowieka, ale w naturze każdego prawa w ogóle. Natura człowieka jest czemś z nim nierozerwalnem, ściśle i nieodłącznie połączonem, jest jego treścią wewnętrzną, oparcie więc prawa koniecznéj obrony na naturze człowieka, uzasadniałoby ją subiektywnie, tylko względem tego człowieka a nie innego, a tym człowiekiem, względem którego podstawa ta uzasadniałaby prawo koniecznéj obrony, byłby tylko sam napaniety, tylko ten, który się w stanie koniecznéj obrony znajduje. Nikt inny, oprócz napadniętego nie miałby tego prawa. Konieczna obrona więc; byłaby tylko obroną siebie i praw swoich, a nie byłaby obroną prawa, tak, jak ją pojmujemy, byłaby obroną własną, a nie obroną prawa. To więc uzasadnienie na naturze człowieka, tutaj nie wystarcza. Potrzeba podstawy więcéj objektywnéj, więcéj przedmiotowéj, a podstawę tę znajdujemy, idąc o krok daléj, w naturze każdego prawa w ogóle.

W naturze, w istocie każdego prawa, leży możność jego urzeczywistnienia, leży i możność jego obrony tam, gdzie bezprawny napad chce je wzruszyć. Pewne prawo istnieje, bezprawny napad chce je obrazić; ono się broni przeciwko temu obrażeniu, broni się siłą swojéj rzeczywistości, swego istnienia, siłą tego samego prawa. Tym więc sposobem zyskujemy tę objektywną podstawę. Tak uzasadnione prawo koniecznéj obrony, na saméj naturze bronionego prawa, nieistnieje tylko subjektywnie względem napadniętego, ma ono już byt objekty-

wny i równie przez samego napadniętego, jak i przez inną osobę wykonanem być może.

Prawo koniecznéj obrony pojmujemy, jako prawo obrony pewnego prawa, na które bezprawny napad się zwraca, przy istnieniu warunku konieczności t. j. przy braku innych środków uniknięcia niebezpieczeństwa, wynikającego z napadu. Całość tych trzech elementów, pewne prawo, które potrzebuje być bronionem, pewien napad bezprawny, który to prawo chce naruszyć i wreszcie ów element konieczności, przedstawia nam pewien stosunek faktyczny, pewien stan zewnętrzny, który, gdy istnieje, prawo koniecznéj obrony powstaje i wykonanem być może. Stan ten nazywamy stanem koniecznéj obrony. Konkretne zatem istnienie prawa koniecznéj obrony, jego istnienie w danym razie, zawarunkowane jest nastąpieniem owego stanu, i tam, gdzie ten stan zachodzi, prawo koniecznéj obrony, czerpiąc swą siłę w tem samem prawie, którego ono ma bronić, powstaje i wykonanem być może. Z kolei zatem do rozpatrzenia tego stanu koniecznéj obrony przystąpić nam wypada, ale przedtem jeszcze dla dokładniejszego rozjaśnienia natury koniecznéj obrony, musimy w krótkich wyrazach zastanowić się nad odróżnieniem jéj od pojęć, z któremi ona często mięszaną bywa.

Mówiliśmy dotąd o prawie koniecznéj obrony, staraliśmy się rozebrać kwestyą, czy prawo koniecznéj obrony istnieje w ogóle, daléj zajęliśmy się poszukiwaniem podstawy dla tego prawa, pozyskaliśmy więc tym sposobem pewne rezultaty, pewne dane, które teraz drogą negatywną, przez wykazanie tego, czem konieczna obrona nie jest, starać się będziemy objaśnić. Mam tu głównie na myśli odgraniczenia pojęcia koniecznéj obrony od pojęć bliższych, sąsiednich, zewnętrzne podobieństwo z nią przedstawiających, a odgraniczenie to, tem ważniejszem mi się wydaje, że brakiem niego następuje to pewne pomięszanie pojęć, ta pewna chwiejność i niejasność, którą nieraz odnośnie do pojmowania naszego przedmiotu; w nowszéj nauce i w prawodawstwach spotykamy. Otrzymane rezultaty drogą

téj negatywnéj definicyi, negatywnego przedstawienia naszego przedmiotu, przyczynią się do rozwidnienia saméj istoty koniecznéj obrony i połączone z tem wszystkiem, co powiedzieliśmy poprzednio, utworzą pewną zaokrągloną całość pojęcia koniecznéj obrony.

Przedewszystkiem zająć się musimy odróżnieniem, jakie koniecznie uczynić potrzeba pomiędzy konieczną obroną w ogóle i stanem konieczności, i tak zwanem prawem konieczności [1].

Stan konieczności w ogóle pojmujemy jako wypadek kollizyi dwóch praw samoistnych. Jeżeli w ogóle prawo pojmowane samo w sobie, nie może z samem sobą popaść w zderzenie, to przypadek téj kollizyi możliwym jest tylko o tyle, o ile to prawo w formie szczególnych i rozmaitych praw się przedstawia. Te rozmaite prawa i uprawnienia, nie stoją jednak względem siebie tylko zewnętrznie i obojętnie, ale są w pewnym wzajemnym stosunku, którego uporządkowanie jest istotnem zadaniem prawa. Mogą zatem nastąpić wypadki, w których prawo temu zadaniu swemu nie odpowiada, w których więc te pojedyńcze prawa popadną z sobą w kollizyą. Jeżeli ta kollizya jest tego rodzaju, że odnośnie do jednego i tego samego przedmiotu, rozmaite prawa majątkowe popadną w to zderzenie się, jak np. prawo własności i prawo wierzyciela do téj rzeczy, w tedy następuje kollizya cywilno-prawna, która rozstrzygniętą być musi [2]. Roztrzygnienie to następuje w ten sposób, że prawo niższe t. j. prawo własności, ustępuje prawu wyższemu, t. j. prawu wierzyciela do téj rzeczy i rozstrzygnienie to jest prawne, bo wszystkie pojedyńcze, szczególne prawa, mają swoje znaczenie nie osobno, nie izolowane, ale w odniesieniu do praw innych, w stosunku pomiędzy sobą. Kollizya ta może jednak również nastąpić, nie odnośnie do tożsamości przedmiotu różnych uprawnień majątkowych, ale odnośnie do pewnego położenia

---

[1]) Przedstawienie historycznego pojmowania stanu konieczności jest bogato rozwinięte u Hälschnera 271.

[2]) Hälschner 274.

faktycznego, w którem samoistne, obok siebie stojące prawa, nie mogą się utrzymać. Ten to wypadek kollizyi, nazywamy stanem konieczności. Stan więc konieczności następuje wtedy, gdy dwa różne, samoistnie stojące obok siebie uprawnienia, znajdują się w takim stosunku faktycznym, że jedno tylko kosztem drugiego utrzymać się może [1]). Tu więc musimy odpowiedzieć na pytanie, jak należy uważać to obrażenie prawa jednego, w celu utrzymania prawa drugiego. Na to pytanie nauka daje nam różne odpowiedzi. Kant [2]), odnosi pojęcie stanu konieczności i do wypadków kollizyi praw równoznacznych, do kollizyi życia naprzeciwko życia. Powiada on, że żadna ustawa karna nie może uważać za zabójcę tego, ktory w rozbiciu się okrętu będąc z drugim w równem niebezpieczeństwie, tego ostatniego zrzuci z deski, na któréj on się ratował, aby swoje życie uratować, bo kara którą grozi ustawa, nie może być większą, jak utrata życia. Podobna więc ustawa karna, która tego człowieka chciałaby karać, nieosiągnęłaby zamierzonego celu, jak powiada Kant, albowiem obawa złego, które jeszcze jest niepewnem, niemoże przeważyć obawy złego, które już jest pewnem i niewątpliwie grożącem. Czyn więc ten w stanie konieczności dokonany, nie uważa on za inculpabilis, ale tylko za impunibilis [3]). Słusznie w tym poglądzie Kanta, upatrują początek teoryi odstraszenia Feuerbacha, który zresztą kwestyą tę rozwiązuje na gruncie niepoczytania [4]). Fichte posuwa ten pogląd Kanta do ostatniego krańca [5]), chce wyłączyć zupełnie stan konieczności z zakresu prawa, bo w stanie tym, możliwość współistnienia jest zniesiona, zniesione jest więc

---

[1]) Hälschner § 68 str. 271.

[2]) Kant Metaphys. Anfangs gründe des Rechtslehre. Einleitung str. XLI.

[3]) Geyer § I, uwaga I, Levita 6, Wessely 7, Hälschner 273.

[4]) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts § 91 str. 138, 139, wyd. Morstadta, patrz także Geyer § 1 uw. I, Hälschner 273, Levita 7 note 9, Köstlin System 114, note 23.

[5]) Fichte. Grundlage des Naturrechts nach principien der Wissenschaftslehre II, 250 (III tom dzieł zbiorowych wyd. J. H. Fichtego).

także i wszelkie prawo, które na téj możliwości się opiera [1]. Zdanie to Fichtego przyjmuje Grolman, Wächter i Schröter [2].

Inny pogląd rozwija tu Hegel. Zupełnie dowolnie ogranicza on stan konieczności tylko do wypadków kollizyi ogólnego bytu wolności t. j życia z ograniczonym, pojedyńczym bytem t. j. pewném szczególnem prawem a mianowicie prawem własności i w przypadku téj kollizyi, nadaje on prawu życia, prawo konieczności, jako pewne prawo utrzymania się kosztem prawa niższego. Spojrzyjmy na uzasadnienie tego prawa konieczności przez Hegla [3]. Powiada on: „Szczególność interesów naturalnéj woli, pojęta w jéj całości, jest bytem osobistym, jako życie. To w niebezpieczeństwie i w kollizyi z prawem własności drugiego, ma prawo konieczności (nie jako zasada słuszności, ale jako prawo), ponieważ z jednéj strony stoi tu nieskończone obrażenie bytu, a zatem zupełne pozbawienie prawa, na drugiéj zaś jest tylko obrażenie pojedyńczego ograniczonego bytu wolności, przez co zarazem samo prawo, jako takie, i zdolność prawna tego, którego własność tylko obrażoną zostanie, uznane i uszanowane będą“. Dodaje on daléj [4]: „Życie jako wspólność celów, ma pewne prawo naturalne wbrew prawu abstrakcyjnemu. Gdy ono *np.* przez kradzież chleba przedłużonem być może, to wprawdzie przez tę kradzież własność drugiego obrażoną będzie, ale byłoby niesłusznem, czynność tę, jako zwykłą kradzież uważać. Gdyby czynność ta niebyła dozwoloną człowiekowi, którego życie jest zagrożone, to odmówionym mu byłby jego byt cały, jego wolność byłaby zanegowaną.

---

[1]) Levita 10, Hälschner 273, Geyer § 1, Uwaga I, Wessely 7. Rom

[2]) Grolman Grundsätze §§ 23, 138, Wächter. Lehrb. d. deutsch. Strafrechts. I, § 55, Schröter. Handb. des peinl. Rechts I str. 145 Nota. Por. Tittmann. Vorträge und Urtheile über merkwürdige Straffälle aus Acten str. 49 patrz Levita 10, 12 note 15, Hälschner 273, Geyer § 1 Uwaga I, Wessely 7.

[3]) Hegel Grundlinien der Philos. d. Rechts wyd. Ed. Gansa (840, Część II, rozd. II § 127 str. 165.

[4]) Hegel. Zusatz do § 127.

Konieczność bezpośredniéj teraźniejszości, może zatem uprawnić do bezprawnéj czynności, ponieważ zaniedbanie jéj byłoby zarazem popełnieniem innego wyższego bezprawia, a mianowicie całkowitą negacyą bytu wolności". Tak Hegel uzasadnia prawo konieczności.

Zdanie Hegla przyjmują, Abegg, Köstlin, Berner, Marezoll, Levita, Wessely [1]). Pogląd więc ten z jednéj strony ogranicza pojęcie stanu konieczności, tylko do wypadków kollizyi życia z własnością i w tym razie nadaje prawu życia to, co on nazywa prawem konieczności, (Nothrecht), prawem koniecznem. Cóż to znaczy to prawo konieczności, jak nie fakt pewien, fakt obrażenia prawa, który samą siłą konieczności w fakcie tym tkwiącéj, zamienia się na prawo. Prawo to zatem nie jest niczem innem, jak prawem czynienia bezprawia, przysługującem prawu wyższemu wobec prawa niższego [2]). Prawa konieczności zatem, zdaje mi się przyjąć nie można, jakkolwiek za istnieniem jego oświadcza się wielu prawników poważnych. Stan konieczności pojmujemy jako wypadek kollizyi dwóch praw samoistnych, w stanie tym zatem stoją dwa prawa naprzeciwko siebie; jeżeli zatem przyznamy prawu wyższemu prawo konieczności t. j. prawo utrzymania się kosztem prawa drugiego, niższego, to jednak prawo to nie będzie niczem innem jak prawem naruszenia tego prawa drugiego, a zatem prawem czynienia bezprawia. Skoro przyjęliśmy istnienie prawa koniecznéj obrony, a nie przyjmujemy istnienia prawa konieczności, to dla tego, że pomiędzy konieczną obroną a stanem konieczności, zachodzi istotna różnica. W koniecznéj obronie stoi prawo naprzeciwko bezprawia, które chce to prawo naru-

---

1) Abegg Lehrb. § 107, 108, Untersuchungen str. 108—110. Köstlin N. Rev. str. 596—606, System 112, Berner N. A. d. C. R. N. T. 1848, 554, Lehrb. 126, Marezoll Crim. R. 92, Levita 2, Wessely 51. Patrz Geyer § 1 Uw. 1. Wessely 7, Hälschner 274.

2) Bauer Lehrb. des Natusrechts § 43 w polemice przeciwko Oersteda w N. A. des C. R. V, 345, 625. Bauer § 50 str. 82 nota c. Geyer § 1 Uw. I

szyć, w stanie konieczności zaś prawo naprzeciwko prawa i jedno z nich kosztem drugiego się utrzymuje.

Reassumując więc to wszystko, co dotąd powiedzieliśmy o stanie konieczności, dochodzimy do następnego rezultatu. Stan ten następuje wówczas, gdy dwa rozmaite, samoistnie obok siebie stojące prawa, znajdują się w takim faktycznym stosunku, że jedno z nich tylko kosztem drugiego utrzymać się może. Daléj na to pytanie, jak uważać należy obrażenie prawa jednego w celu utrzymania prawa drugiego w stanie konieczności dokonane, odpowiadamy, że to obrażenie nie jest prawnem, bo prawa konieczności nie przyznajemy, owszem jest ono bezprawnem w zasadzie i tylko bezkarnem, tylko wolnem od kary ze względu na ten stan konieczności, w którym ono dokonanem zostało. Gdzie zaś szukać podstawy bezkarności tego bezprawnego obrażenia prawa, czy w odróżnieniu pomiędzy bezprawiem cywilnem, a kryminalnem, tak jakto czyni Hälschner, [1]), który obrażenie to chce uważać tylko za bezprawie cywilne, wynagrodzenie szkody za sobą pociągające, a nie za bezprawie kryminalne, karą zagrożone, bo ono się tylko danemu subjektywnemu uprawnieniu, a nie prawu, jako normie objektywnéj, jako pewnemu ogólnemu porządkowi, sprzeciwia, czy w niauwzględnieniu psychologicznéj słabości natury ludzkiéj, jak chce Wessely [2]), czy w niepoczytalności sprawcy, a mianowicie w przymusie psychicznym, jak żądają Jenull, Frühwald, v. Hye, Herbst [3]), lub w psychologicznéj niewolności, jak powiada Geyer [4]): odpowiedź na to pytanie przekracza już granice naszego zadania.

---

1) Hälschner 276.

2) Wessely 16.

3) Jenull z. Stf. GB. z r. 1803 § 2, Frühwald Comm. z. Stf. GB. z 1852 § 2 str. 34, v. Hye, 197 Uwaga, Herbst zu § 2 lit. g. Damianitsch zum Militär Stf. GB. § 2.

4) Geyer § 1 str. 3, 4.

Pozyskaliśmy tym sposobem pewne wiadomości co do stanu konieczności, utworzyliśmy sobie pewne o nim pojęcie, które z rezultatami tego, co poprzednio o koniecznéj obronie powiedzieliśmy, porównać możemy. Przedewszystkiem uznajemy istnienie prawa koniecznéj obrony, tak że czynność w stanie koniecznéj obrony dokonana, przedstawia się nam, jako następująca w wykonaniu pewnego prawa, a zatem jako prawna, gdy tymczasem zaprzeczamy istnieniu pewnego prawa konieczności i czynność w stanie konieczności dokonaną, uważamy tylko za bezkarną.

Odróżnienie to czyni już Bauer [1]), który mówi: „Stan konieczności usuwa tylko winę, ale nie usuwa bezprawności czynności, gdy tymczasem konieczna obrona wyłącza zupełnie bezprawność". Daléj w stanie koniecznéj obrony stoi prawo naprzeciwko bezprawia, które je chce naruszyć i przeciwko któremu się ono broni, gdy tymczasem w stanie konieczności stoją dwa prawa naprzeciwko siebie i jedno z nich utrzymuje się kosztem drugiego. To odróżnienie jest istotne; opiera się na wewnętrznéj naturze tych dwóch stanów, i niem, przy ocenieniu danych wypadków, tak jak one się nam w życiu przedstawić mogą, kierować się możemy [2]). Dawniejsze odróżnienie, które chciano wyrazić w nazwie saméj i konieczność życia, (Lebensnoth) i konieczność prawa (Rechtsnoth), jak słusznie powiada Berner [3]), nic nie znaczą, bo czyż życie nie jest także prawem, a zresztą czyż ten stan konieczności tylko co do prawa życia nastąpić może. Proponuje tu Berner inne nazwy, któremi chce dwie poprzednie zastąpić, a mianowicie Naturnoth, a więc pewna konieczność naturalna i Rechtsnoth, konieczność prawna, ale i to przeciwstawienie nie jest istotnem, co zresztą

---

[1]) Bauer § 50 nota c. str. 82.

[2]) Abegg. Lehrb. 107, 8, 9. Geyer § 1, Berner A. d. C. R. 1848, 552—555, Wessely 45, Levita 275, Friedrich 8, prof. Budziński, 120.

[3]) Berner A. d. C. R. 1848, 552—555.

sam Berner uznaje [1]). Wzięcie za zasadę tego odróżnienia czynnika, który ten stan konieczności i ten stan konieczněj obrony wywołuje z jednéj strony siły natury, z drugiéj zaś napad istoty chcącéj i myślącéj, usprawiedliwić się nie da, bo odróżnienie to jest tylko dowolnem i przypadkowem. Odróżnienie to przyjmuje Prof. Hälschner [2]) i na mocy tego to odróżnienia, wyłącza konieczną obronę przeciwko niepoczytalnym, których czyny stawia on na równi z działaniem ślepych sił natury. Już sam Berner, który także to odróżnienie wystawia, uznaje pośrednio jego niedokładność i nieistotność, gdyż przypadek, kiedy kto przez czyje groźby postawionym jest w tem położeniu, że albo cudze prawo naruszyć, albo swoje prawo wyższe jasne, a nawet życie utracić musi, zalicza do stanu konieczności, a nie do koniecznéj obroiy, jakkolwiek ten stan nie jest wywołany w tym wypadku przez siły natury [3]). Wreszcie Morstadt [4]), pomiędzy stanem konieczności a konieczną obroną, osobliwszą przeprowadza różnicę, która jakkolwiek zupełnie nic nie wyraża, trudno jest jednak ją pominąć, z powodu jej oryginalności. W polemice przeciwko Mittermajerowi, powiada on, że stan konieczności i konieczna obrona, różnią się od siebie i stoją w takim stosunku, jak ubóstwo do żebrania, do żądania jałmużny: pierwszy jest status, ostatnia zaś actus z tego status wynikający. Ale actus ten odróżnia się od wszystkich innych actus z tego status płynących, tem, że tu stan konieczności wywołany jest przyczyną samego obrażonego. Dodaje tu jeszcze Morstadt: nic to dziwnego, bo wszak wróbel i kukułka są różne, choć w tem samem gniazdku wysiedziane.

Ciekawem rzeczywiście byłoby ocenić korzyści, jakie podobobne porównania przynoszą dla rozjaśnienia pojęć prawnych.

---

[3]) Berner tamże 552—555.

[4]) Hälschner 262, 263.

[5]) Berner A. d. C. R. 1848, 552—555. Levita 4 Note 5.

[6]) Morstadt Aust. Krit. Comm. z. Feuerb. § 37 Note III.

W dalszym ciągu musimy zwrócić uwagę na różnicę koniecznéj obrony od kary. Te dwa pojęcia są istotnie różne od siebie, mają odmienną naturę i cel odmienny. Cała prawie szkoła Hegla [1]) uzasadnia karę i konieczną obronę na jednéj i téj saméj podstawie t. j. na podstawie wewnętrznéj nicości, absolutnéj nieistnialności bezprawia, i odróżnia je tylko z jednéj strony, ze względu na organ, od którego ta reakcya przeciwko bezprawiu wychodzi. W karze organem tym jest państwo, w koniecznéj obronie zaś pojedyńczy człowiek: z drugiéj zaś strony, ze względu na właściwość bezprawia, przeciwko któremu ta reakcya następuje, konieczna obrona zwraca się przeciwko bezprawnemu napadowi, a więc przeciwko bezprawiu, które dopiero powstaje, zagraża, nie jest jeszcze dokładnie oznaczonem; przeciwnie kara następuje już po dokonaniu bezprawia, a więc wtedy, gdy ono jest już dokładnie ilościowo i jakościowo określonem. Jakkolwiek te dwa punkta, na których Levita i Wessely swoje odróżnienie koniecznéj obrony od kary opiera, są zupełnie słuszne i prawdziwe, to jednak odróżnienie to jest w rzeczywistości więcéj jeszcze istotnem. Inna jest natura kary, a inna koniecznéj obrony, odmienne są ich cele. Kara jest zadośćuczynieniem danem porządkowi prawnemu za popełnione bezprawie, celem jéj jest poprawienie przestępcy, zwraca się więc ona do przestępstw już popełnionych i poszukuje subiektywnéj winy sprawcy, przeciwnie celem koniecznéj obrony jest obrona prawa, które pewien bezprawny napad chce naruszyć, zwraca się więc ona przeciwko bezprawiu, które dopiero powstaje i nie chce bynajmniéj tego, który tem bezprawiem zagraża, karać, ale broni się tylko przed niebezpieczeństwem naruszenia prawa, jakie z tego bezprawnego napadu wypływa.

Te więc dwa punkta, które Levita i Wessely stawiają tam, gdzie mówią o odróżnieniu koniecznéj obrony od kary, wypły-

---

[1]) Jak np. Levita str. 19, Wessely str. 46.

wają, są skutkami téj różnicy, jaka istnieje pomiędzy pojęciem kary a koniecznéj obrony, ale odróżnienie to jest więcéj istotnem, więcéj sięgającem do saméj natury.

Konieczna obrona nie jest bynajmniéj karą: jéj zadaniem nie jest bynajmniéj ukaranie tego, który bezprawnie napada; ona się tylko przeciwko temu napadowi broni, chce utrzymać w całości, zachować pewne prawo, które ten napad chce zniszczyć lub naruszyć. Słusznie powiada Schröter [1]), że konieczna obrona następuje przeciwko zagrożeniu prawa, kara przeciwko obrażeniu dokonanemu; pierwsza więc broni się przeciwko prostéj możliwości bezprawia, druga zwraca się do bezprawia już istniejącego; pierwsza określa się podług zasad prawdopodobieństwa, druga podług wymagań objektywnéj prawdy. Jeżeli to pomięszanie, ten brak dokładnego odróżnienia koniecznéj obrony od kary, był przyczyną wielu błędnych wymagań odnośnie do koniecznéj obrony, to tem większy tylko nacisk, tem większą uwagę na to odróżnienie kłaść zawsze potrzeba. Zarzut ten pewnego pomięszania, spotyka w pewnéj mierze i Geyera; odnosi on uzasadnienie koniecznéj obrony do idei odwetu, do idei kompensaty, pojmuje więc ją, jako pewne odwetowanie, skompensowanie, jako coś takiego, co następuje w odwecie za to, dla skompensowania z tém, co nastąpiło poprzednio.

Przed tym zarzutem Geyer się cofa [2]) i chce się z niego usprawiedliwić. Powiada on tam, że jeżeli bezkarność czynności w koniecznéj obronie dokonanych, odnosi on do idei odwetu, kompensaty, to jednak nie wynika z tego, aby bezprawny napastnik miał być wolnym od kary wówczas, gdy napadnięty, w obronie wyrządził mu takie złe, jakiem on napadniętemu zagrażał. Kara tu nie narusza téj równowagi odwetu, karygodność bowiem oznacza się podług stopnia natę-

---

[1]) Schröter. Handbuch I, 52. Rossi Traité I, 147, 148.

[2]) Geyer § 3 Uwaga 2.

żenia woli działającego, podług tego, jak dany czyn wypływa z *ja* sprawcy; a inny był kierunek woli napadającego, inny zaś broniącego się; czyn więc bezprawnego napastnika zawsze stanowi przewagę i podpada pod pojęcie przestępstwa, które karać potrzeba.

Daléj konieczna obrona nie jest zemstą; wszyscy pisarze te pojęcia zasadniczo różne, dokładnie odróżniają. Pierwotnie, w pierwszych czasach rozwoju koniecznéj obrony, była ona pochłonięta przez zemstę prywatną, ale potem ona się z téj ostatniéj wydziela, wyłącza i dochodzi do samoistnego znaczenia [1]). Levita i Wessely słusznie powiadają, że konieczna obrona nie jest zemstą, ponieważ ona nie tylko subiektywne, obrażone poczucie prawne w swojéj nieograniczoności ma za źródło, ale nadto, związana jest do pewnych objektywnych granic, które gdy przekroczy, sama staje się bezprawiem [2]). Obok téj różnicy jednak, ważniejsze odróżnienie znajdujemy w saméj naturze obrony. Levita upatruje różnicę pomiędzy konieczną obroną a zemstą w pewnéj ograniczoności; w tem, że zemsta przedstawia się nam jako nieograniczona, li tylko w pewnem subiektywnem obrażonem uczuciu źródło swe biorąca: konieczną obronę zaś, uważa on za ograniczoną, za związaną pewnemi objektywnemi granicami. Ta ograniczoność koniecznéj obrony w porównaniu z nieograniczonością zemsty, jest niezawodnie jedną z jéj głównych cech i istotnych; zemsta nosi pewien charakter subjektywnéj dowolności, którego to charakteru konieczna obrona niema. Ale ta różnica nie jest jedyną: odróżnienia pomiędzy konieczną obroną a zemstą nie można oprzeć na pojedyńczym, jakkolwiek istotnym charakterze, wtedy kiedy cała natura ich jest różną. Zemsta przedstawia się nam jako odwet, jako odpłata, a więc jako coś późniejszego, co następuje po tém, co ją poprzedziło; konieczna obrona zaś przedstawia się nam jako coś uprzedniego, jako coś,

1) Seeger § 7 str. 211, Prof. Budziński 113 bis.
2) Levita 19, Wessely 47.

co dąży do przeszkodzenia temu, do uniknięcia tego, co dopiero zagraża. Istotna więc różnica leży już w saméj naturze koniecznéj obrony i zemsty, a nie w tym pojedyńczym charakterze ograniczoności.

Ten charakter nieograniczoności, który Levita przyznaje zemście a odmawia konieczném obronie, jest istotną różnicą pomiędzy zemstą a odwetem, a ideą talionu. Odwet przedstawia się nam jako ograniczony tem, co go poprzedziło, a więc tem, za co on jest odwetem, zemsta zaś przedstawia się nam, jako mająca swe źródło tylko w subjektywnem poczuciu, które obrażone zostało i w swem wykonaniu nie wiąże się do żadnych objektywnych granic. Ta różnica więc, która jest istotną pomiędzy pojęciem odwetu a pojęciem zemsty, jest tylko pojedyńczym, szczególnym charakterem w odróżnieniu pomiędzy konieczną obroną a zemstą [1]).

Musimy tu jeszcze wspomnieć o pewnéj kwestyi, którą dla niewiadomości, gdzie ją pomieścić, tutaj traktujemy.

---

[1]) E. J. Bekker. Theorie des deutschen heutigen Strafrechts. Lipsk 1857, I tom, str. 604—608, podaje tu pewne przykłady, z praktyki Hessen-Kasselskiej, o ile sobie przypominam, nie mając dzieła pod ręką. Przykłady te, jakkolwiek Bekker odnosi je do innego przedmiotu, bo do odróżnienia pomiędzy dolus i culpa, objaśniają nam wiele w materyi różnicy pomiędzy konieczną obroną a zemstą. Jeden osadnik przed swem mięszkaniem miał stodołę, w której składał swój zbiór coroczny, tak w słomie jak i w ziarnie. Przez pewien czas codzień rano znajdował szkodę, codzień zabierano mu w nocy pewną ilość słomy i ziarna. Napróżno czatował na złodzieja przez kilka dni z rzędu sam, lub który z jego synów, napróżno czynił o tem doniesienie do władzy; wtedy kiedy on czuwał, złodziej nie przychodził. Zaprzestał więc czatów i kradzieże znów się powtarzały regularnie. Chcąc więc ochronić swoją własność od ciągłej szkody, ukrył we wrotach stodoły broń nabitą, w ten sposòb urządzoną, że strzał padał na tego kto chciał drzwi stodoły otworzyć. Zachował przytem wszystkie ostrożności, fuzyą nabił drobnym śrutem, umieścił ją nizko tak, aby strzał dosiągł złodzieja w nogi i wszystkich swych sąsiadów, wszystkich mięszkańców wioski uprzedził o tem, co zrobił. Nazajutrz znajduje człowieka zabitego: strzał padł tak nieszczęśliwie, że śrót poprzerywał żyły i postrzelony skutkiem upływu krwi umarł. Sąd wyższy w Kassel uznał akt tego osa-

W nauce spotykamy niekiedy odróżnienie, już nie zewnętrzne, ale wewnątrz saméj koniecznéj obrony t. j. odróżnienie koniecznéj obrony właściwéj od niewłaściwéj. Odróżnienie to jest przeprowadzone w nauce w rozmaity sposób. Henke [1]) uważa niewłaściwą konieczną obronę, jako działanie czysto odporne ze strony napadniętego, w przeciwstawieniu do konieczném obrony właściwéj, gdzie napadnięty czyni wzajemny napad na napadającego. Toż samo odróżnienie spotykamy i u Ludena [2]). Uważa on za konieczną obronę niewłaściwą, samo odparcie napadu bez wkroczenia w sferę prawną napadającego, a zatem silne trzymanie np. téj rzeczy, którą ktoś komu chce wydrzeć; przeciwnie za konieczną obronę właściwą, uważa on obronę z obrażeniem praw napadającego połączoną. Odróżnienie to u Ludena, szczególną zyskuje wagę przy konieczném obronie majątku, i przy téj okoliczności do tego przedmiotu raz jeszcze

---

dnika za czyn koniecznej obrony, uwolnił od kary za zabójstwo i skazał go tylko za umieszczenie broni nabitej w nieodpowiedniem miejscu. Niechodzi nam tu bynajmniej o ocenienie tego wyroku, o to, czy on jest słusznym lub niesłusznym, ale przyjmujemy ten przykład, jako przypadek koniecznej obrony z życia rzeczywistego wzięty. Obok tego przykładu, znajdujemy u Bekkera inny. Pewnemu kupcowi winnemu kradziono z piwnicy wino; pomimo, że wszelkich środków używał, kradzieży zapobiedz nie mógł. Wreszcie zniecierpliwiony tą ciągłą stratą i nie wiedząc kto mu ją wyrządza, kazał pierwsze butelki, jakie przy wejściu do piwnicy stały, zatruć, jakąś trucizną gwałtowną. I te butelki ukradzione zostały. Czyż więc ten czyn należy do koniecznej obrony?— łatwą zdaje mi się odpowiedź przecząca. Jeżeli pierwszy przypadek zaliczyliśmy do koniecznej obrony, to oparliśmy się na tem, że tam osadnik ten, przy istnieniu pewnych warunków, chciał samej kradzieży zapobiedz przed jej dokonaniem, bronił więc swojej własności przeciwko bezprawnemu jej naruszeniu. W tym drugim zaś przypadku przeciwnie, zatrucie tych butelek, nie miało na celu uniknięcia kradzieży samej, przeszkodzenia temu, aby te butelki były ukradzione, ale miało za zadanie, ukaranie kradnącego, zemstę nad nim.

[1]) Henke. Handbuch des Criminalrechts und der Criminal-politik I, 209.

[2]) Luden. Handbuch des Strafrechts I, 292.

powrócimy. Podobne rozróżnienie wystawia także Grävell [1]). Odróżnia on właściwą konieczną obronę od niewłaściwéj czyli prostéj i jako cechy téj ostatniej podaje: *a*) niebezpieczeństwo grożące naruszeniem prawa *b*) bezprawność napadu, *c*) stosowność użytych środków w obronie, *d*) brak opieki państwa dla odwrócenia grożącéj szkody. Powiada on dalej, niewłaściwa więc konieczna obrona, różni się charakterystycznie od właściwéj koniecznéj obrony; pierwsza występuje tylko odpornie, druga zaczepnie; pierwsza wyłącza zamiar uszkodzenia praw napastnika, druga działa z dolus determinatus i dąży przez fizyczne obrażenie napadającego do wprowadzenia go w stan taki, któryby uniemożliwił dalszy ciąg napadu, lub też nie chce przeszkodzić nieokreślonym, ewentualnym skutkom swojéj siły ze względu na innych, dolus eventualis.

Odróżnienie to, jakkolwiek ma pewną teoretyczną podstawę, dla prawa karnego niema żadnego praktycznego znaczenia. Nie przyjmujemy go więc nie dla tego, jak mniema Luden i Geyer [2]), ażeby to, co autorowie ci nazywają konieczną obroną niewłaściwą, nie podpadało pod pojęcie koniecznéj obrony w ogóle, ale dla tego, że ta konieczna obrona niewłaściwa, nie wchodzi w zakres prawa karnego.

(*dalszy ciąg nastąpi*)

---

1) Geyer § 1 Uwaga 3 str. 8, Levita 22, Wessely 47.
2) Grävel Neues Archiv z r. 1819, 1820 vol. 3 X ur. 65.

# JURYSPRUDENCYA CYWILNA

## WE FRANCYI I BELGII,

### we względzie darowizn.

---

*D. Zygmunt Puchelt* Dyrektor Sądu Obwodowego w *W. Ks. Badeńskiém*, zaczął w roku zeszłym wydawać, w niemieckim języku czasopismo, cywilnemu prawu francuzkiemu poświęcone. Pismo ma napis następujący: *Zeitschrift für französisches Civilrecht. Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichte mit Erläuterungen und Literaturberichten.* Wychodzi zeszytami w Mieście *Mannheim.* Wydawca zbiera z różnych czasopism wypadki zasadniczych wyrzeczeń Sądów *belgijskich i francuzkich*, i objaśnia takowe przy względzie na niemieckie kraje, w których kodeks Napoleona obowiązuje. Chwalebny jest cel wydawcy, i znakomitym może być wpływ jego czasopisma na naukę, ile że wydawca, korzystając w objaśnieniach i uwagach swoich z badań nowoczesnéj literatury, odpowiednią wytknął sobie drogę do utrzymania łączności teoryi z praktyką, tak niezbędnéj dla trzeźwego postępu prawoznawstwa. Dla tego postanowiliśmy podawać treść wspomnionego czasopisma czytelnikom naszym w skróceniu, wyjmując z takowego bądź same tylko ogólne uwagi, bądź pojedyńcze wyrzeczenia Sądów, jak tego wymagać będzie materya prawa i wzgląd na objętość niniejszego pisma.

### *A. Forma Darowizn.*

1) *Fałszywe oświadczenie darującego, że pisać nieumie, nieskutkuje nieważności darowizny, chybaby oświadczenie takowe przedstawiało się, jako ukryte odmówienie podpisu w zamiarze unieważnienia darowizny.* (Dalloz, Rép. T. 16 str. 889).

Zdanie to wyrzekł Sąd Appellacyiny w *Brukselli* (2 Sierpnia 1866 r.) Wydawca objaśniając je, we względzie znaczenia podpisu, wyróżnia *testamenta* od *darowizn.* Do testamentów, prawo wymaga w art. 973. i 1001. K. C. podpisu testatora pod karą nieważności. Nie masz tego rygoru względem darowizn, dla których art. 931. K. C. zwykłą formę kontraktu przepisuje. Wprawdzie w art. 1317. kodeks ważność urzędowego aktu, czyni zawisłą od zachowania postanowionych uroczystości; ustawy znów notaryalne stanowią, aby akta urzędowe, podpisane były przez strony, które je zeznają. Wszakże praktyka Sądów Francuzkich (Zachariae T. I. §, 37 Nr. 3.) ustaliła właściwą zasadę, że ilekroć zachodzi wątpliwość co do ważności aktu, dla niedostatku jakowéj formalności, a prawo takowego niedostatku wyraźnie nieważnością niedotyka, wówczas ocenienie skutków podobnéj wady, zostawione jest Sędziemu. Sędzia wyrzeka nieważność wówczas jedynie, jeżeli tego domaga się *ratio legis.* W danym wypadku *ratio legis* ma na celu stwierdzenie rzeczywistéj stron woli Co do zewnętrznéj formy aktu wystarcza tedy, urzędowe poświadczenie Notaryusza akt przyjmującego, że strona akt zeznała i oświadczyła, iż pisać nie umie. *Praesumtio pro legalitate actus,* trwać będzie tak długo, dopóki takowego domniemania, dowód przeciwny niewzruszy.

2) *Darowizna upozorowana formą obciążliwego kontraktu, we względzie formalności ma być ocenianą jedynie*

*według przepisów postanowionych dla kontraktu, jakiemu co do swojéj formy odpowiada. Tak n. p. późniéjsze nadanie hypoteki dla darowizny wprzód uczynionéj, powinno być uważane podług postanowień o hypotekach, a nie o darowiznach.* (K. C. 894. 932).

*Takowe nadanie hypoteki, uczynione jednostronnie, niewymaga do ważności, przyjęcia ze strony wierzyciela, w formie urzędowéj.* (K. C. 2127. Sirey 1868. 1. s. 252).

Pan V. ustanowił dla córek swoich znaczny posag. W kilka lat pózniéj, bez udziału córek, ubezpieczył ten posag na nieruchomości. Następnie upadł, i w uporządkowaniu, posag córek otrzymał pierwszeństwo hypoteki według daty wpisu. Sprzeciwili się temu wierzyciele, zarzucając nieważność hypoteki dla braku przyjęcia.

Sąd Appellacyjny w *Chambéry* (31. Maja 1866 r.) odrzucił zarzut wierzycieli.

zważywszy że: nadanie hypoteki jest tylko przynależnością i następstwem głównego zobowiązania, i będąc ubezpieczeniem zapłaty, zarówno z takową, nie ma znaczenia *szczodrobliwości*.

zważywszy że: skoro dłużnik, dopóki niepopadł w stan niewypłacalności, ważnie *płacić* może, to też może ważnie *ubezpieczyć* wypłatę;

zważywszy że: nadanie hypoteki dla jednostronnego zobowiązania, może być *jednostronném*, byle tylko w urzędowéj nastąpiło formie, bo ten jest jedyny warunek art. 2127. K. C. wymagany;

zważywszy że: prawo nigdzie nie przepisuje dla *przyjęcia hypoteki ze strony wierzyciela*, formy urzędowéj, takowe też może nastąpić i przez uczynek, n. p. przez udział w wpisie, albo przez wystąpienie przy uporządkowaniu a raz zaszłe, cofa się w skutkach do daty wpisu.

zważywszy że: art. 932. zawiera *szczególne* i *wyjątkowe* przepisy, obowiązujące jedynie w zwykłych darowiznach między żyjącemi, z czego wypływa, że tylko takie *darowizny*, pod karą nieważności, muszą być przyjętemi, przez obdarowanego, przed śmiercią darującego.

Skargę nieważności na artykułach 893. 931. 932. 2127. 1165. i 1338. K. C. wspartą, *Sąd Kassacyjny* odrzucił.

zważywszy że: chociażby nadanie hypoteki było aktém szczodrobliwości, niewypływa ztąd, iżby takowe podpadać miało formalnościom darowizny;

zważywszy że: darowizny w sposobie pośrednim uczynione, lub upozorowane formą kontraktów obciążliwych, podlegają co do formalności, przepisom o kontraktach, jakim co do formy odpowiadają;

zważywszy że: jeżeli dłużnik omijając formalności darowizny, mógłby córkom za życia uczynić wypłatę, dopiero po śmierci jego na nie przypaść mającą, to miałby tém więcéj prawo, ubezpieczyć im hypotecznie przyrzeczenie wypłaty, byle tylko zachował formalności hypoteki;

zważywszy że: art. 2127. stanowi, aby *nadanie* hypoteki nastąpiło w formie urzędowéj, ale nigdzie nie przepisuje takiéj formy dla przyjęcia hypoteki.

Wydawca przytacza, że zasada zawarta w powyższych wyrzeczeniach, ustaloną jest w jurysprudencyi Francuzkiéj, Reńskiéj, i Badeńskiéj.

## *B. Przyjęcie.*

1) *Obecność darującego przy przyjęciu darowizny przez akt późniejszy i urzędowy, zwalnia obdarowanego od wręczenia darującemu aktu przyjęcia, przepisanego w artykule 932.* (K. C. Sirey 1868. 2. s. 77).

Zdanie to wyrzekł Sąd Appellacyjny w *Bordeaux* (14 Listopada 1867 roku).

Zawiadomienie darującego o późniejszém przyjęciu, nigdzie nie jest do szczególnéj przywiązane formy. Wszelka forma wystarczy, skoro pewném będzie, że darujący o przyjęciu wiadomość zyskał, a więc *kiedy przy przyjęciu był obecny*, (*Dalvinconrt*. T. 2. s. 471. *Grénier*, Don. et test. T. 1. Nr. 58. *Bayle-Monillard*. *Coin-Delisle*, Don. et tést. do art. 932. *Marcadé* do art. 932. *Toullier*, T. 4. s. 63. Saintespês-Lescot, Don. et test. T. 3. s. 621). lub *jeżeli darowiznę wykonał* (*Sirey* 1832. 1849. *Journal de Palais*, recueil de la jurisprudense, Paris, 2. s. 282). Przeciwnego zdania są: *Poujol*, Don. et test. Nr. 7. do art. 932. *Duvergier* i *Zachariae* T. IV. § 657) uważając wręczenie aktu za jedyny dopuszczalny dowód zawiadomienia darującego o nastąpioném przyjęciu.

2) *Dla ważności darowizny, uczynionéj małoletniemu nieusamowolnionemu, lub bezwłasnowolnemu, potrzebne jest upoważnienie do przyjęcia ze strony rady familijnéj. Czy nieważność takowej darowizny, która przez opiekuna bez upoważnienia rady familyjnej przyjętą została, jest bezwzględną, czy też względną, któréj tedy darujący zarzucać nie może?*

Wydawca przytacza, że trudnego tego pytania żaden Sąd Kassacyjny dotąd nie rozbierał. Rozporządzenie dawniejsze z 1731 r. usiłując ograniczyć darowizny, utrudniło takowe wielorakiemi formalnościami. Już wówczas w tym względzie podzielone były zdania autorów. Osnowę wzmiankowanego rozporządzenia przyjął kodeks Napoleona, a więc prawodawca w tymże kodeksie stwierdził znów takiż zamiar ograniczenia darowizn. Zamiar ten nie byłby spełniony, gdyby nieważność darowizny, dla braku upoważnienia, nie była bezwzględną. Wydawca uważa, że gdyby prawodawca chciał był postanowić względną tylko nieważność na korzyść małoletnich i bezwłasnowolnych, wówczas art. 934.

i 935 byłyby zbytecznemi, bo takowa nieważność wypływałaby z ogólnych przepisów prawa, co do zobowiązań małoletnich. Tegoż zdania tą *Troplony* Don: et testam. T. II. Nr. 1119. 1126. *Zachanriae* T. 4. s. 205. *Merlin* Rep. Donation Sect. 4. Nr. 4 *Delvincourt* T. 4. i t. d. Pierwszy z nich wspiera swoje zdanie na słowach *Jauberta* do Trybunału powiedzianych (Locré, Legislation, T. XI).

Przeciwnie, za względną nieważnością, oświadczają się: *Toullier* T. 5. *Duvergier* T. 8. *Demolombe* T. 2. s. 373. T. 10· s 69. *Duranton* T. 8. Nr. 435. *Marcadé* Nr. 5. T. III. s. 532. i t. d. Takież zdanie wypowiedziały Sądy dwóch Instancyi w *Brukselli* (28 Grudnia 1861 r. i 30 Lipca 1867. r).

### *C Przepisanie*

1). *Hypoteczny wierzyciel obdarowanego; niemoże zarzucać niedostatku przepisania aktu darowizny przeciw innemu podobnemuż wierzycielowi, chociażby (pierwszy z nich) miał hypotekę nadaną także przez darującego, jeżeli ten ostatni, niezobowiązał się osobiście.*

*Komu służy prawo wzruszania darowizny dla braku przepisania aktu z art.* 941. (K. C. art. 941. Sirey 1868 r. I. s. 130)

Zdanie pierwsze wyrzekł Sąd Kassacyjny w *Paryżu* (15 Stycznia 1868 r).

Co do drugiego pytania wydawca, zamieszcza następujące uwagi:

1) Nie mają prawa wzruszania dla braku przepisania darowizny: obdarowany, jego wierzyciele, następcy wszelkiego rodzaju i tychże wierzyciele, (Powyższy wyrok Sądu Kassacyjnego w Paryżu. *Sirey* 1868 r. I: s. 481. *Journal de Palais* 1862. r. s. 154. *Lanckhard*, Rechtsfälle Neue Folge, T. 8. s. 300. 303. *Gredy*, Zusammenstellung s. 334).

2) Niema prawa darujący, według brzmienia art. 941. K. C.

3) Nie mają spadkobiercy darującego, ani tychże wierzyciele (*Zachariae* IV § 704. *Demolombe* Nr. 306. 307. T. 20. *Lauekhard*, Rechtsfälle, T. s. 291 *Rheinisches et rechio* 55. 1. 108.

4) Mają takowe prawo wierzyciele darującego, chociażby wierzytelność ich, powstała po darowiźnie (*Rouen*, z 24. Listopada 1853 r. *Sirey* 1853. r. s. 263. *Journal de Palais* 1853. r. 2. s. 354). Wszystko jedno czy to są wierzyciele hypoteczni, czy nie, (*Siréy* 1761 r. I. s. 85. *Journal de Palais* 1860 r. s. 775, *Démolombe* Nr. 300 T. 21). *Lanckhard* Rechtsfälle T. 8. s. 307 *Gredy* Zusammenstellung, s. 333. do art. 939. i 941.K. C).

5) Wątpliwém jest pytanie, jeżeli kto darował jednę nieruchomość dwom osobom, czy późniejszy obdarowany, który akt darowizny przepisał, może zarzucać brak przepisania takowego aktu, wcześniejszemu obdarowanemu. Twierdząco oświadczają się: *Zachariae* IV. § 704. *Demolombe* Nr. 297. 299. T. 2, jurisprudencya w Annalen der badischen Gerichte, T. 21. s. 39. *Gredy*, Zusammenstellung, do art 939. 941. Przeczącą odpowiedź znajdujemy: w *Lanckhard*, Rechtsfälle T. 8. s. 303. *Troplong*. Don. et testam. Nr. 1179. *Marcadé* Nr. 4. do art. 941. jurisprudencya w *Besançon*.

Ci ostatni autorowie powołują się na art. 1070 i 1072. K. C. i na raport *Jauberta* do Trybunatu (*Locré* Légis: civile. T. 11. s. 437).

Pierwsze z zwymienionych zdan, więcéj ma powodów za sobą.

6) Co do legataryuszów, to nie podlega wątpliwości że legataryusze uniwersalni jako następcy ogólni, zarówno z spadkobiercami (Nr. 1. 3.) prawo wzruszania mają. Legataryusze szczególni, podchodzą pod przepis art. 941 K. C. i w równém będą położeniu, jak późniejszy obdarowany, który akt swój przepisał (Nr. 5).

*D. Odwołalność.*

*a) z powodu niewykonania warunku, pod którym darowizna była uczynioną.*

1) *Przepis art.* 1978. *K. C. nie stosuje się do renty ustanowionéj przez akt prostéj szczodrobliwości, ale tylko do renty, która aktem obowiązkowym, ustanowioną została.* 2) *Wierzyciele obdarowanego, mogą się sprzeciwić odwołaniu darowizny, z powodu niewykonania warunku, byle tylko sami, wykonanie warunku ofiarowali. K. C.* 953; *takowe ofiarowanie wykonania warunku, obejdzie się bez formalności zaofiarowania i zaznaczenia. K. C.* 1567. 3) *Odwołanie darowizny z powodu niewykonania warunku, nie następuje z samego prawa, ale powinno być sądownie żądane. A obdarowany może uzyskać zwłokę nawet po wyniesieniu akcyi.*

*Co do zdania 1-go.*

Wydawca przytacza, że takowe ustalone jest zarówno w jurisprudencyi jak i w nauce (*Sirey* 1862. 2: s. 467. *Journal de Palais* 1863 s. 496. *Aubry i Rau*, T. 3. § 390. *Pont*, Pet. contrats, T. 1. Nr. 751. *Zachariae*. II. § 390).

*Co do zdania 2-go i 3-go.*

Wyroki Sądów w *Momtmédy* (14 Czerwca 1866 r.) i *Nancy* (22 Lutego 1867 r.) uważają że:

niewzruszalną jest zasada prawa, iż odwołalność darowizny z powodu niewykonania warunku, nie działa z samego prawa, i obdarowany może takowéj zapobiedz, ofiarując wykonanie.

że: prawo to późniejszego ofiarowania obdarowanemu nie jest osobiste i dla tego, według art. 1166 K. C. przez tegoż wierzycieli, wykonane być może;

że: wierzyciele nie mogliby w téj mierze zastąpić obdarowanego, gdyby warunek téj był natury, iż obdarowany

musiałby takowy osobiście wykonać, co wszakże w danym razie nie ma miejsca;

że: darującemu niezależy na tém, kto warunek wykona;

że: art. 1257. i 1258. K. C. pomieszczone w tytule „O skończeniu się zobowiązań" nie mają zastosowania w danym razie, w którym wierzyciele obdarowanego wchodzą z darującym w zobowiązanie, dopiero przez wyrok sądowy, darowiznę w swéj mocy utrzymujący.

*b) warunek prawu przeciwny.*

*Przepis art. 900. K. C. nie ma zastosowania do takiéj darowizny, która łączy w sobie szczodrobliwość z zwykłem zobowiązaniem, w nierozerwalną całość. W takowych przypadkach stanowi przepis art. 1172. K. C. (Sirey.* 1868. 1. s. 34 *Journal de Palais*, 1868. 1. s. 54.)

(Wyroki: Trybunału, *Mortain* 27. Sierpnia 1864. r., Sądu Appellacyjnego, *wCaen* 8. Marca 1866. r.)Sądu Kassacyjnego 12 Listopada 1867. r. Wydawca uważa nieloiczność w przepisie art. 900. względnie do art. 1172., którą: *a* historycznie i *b*) filozoficznie tak wyjaśnia:

*a*) Prawo rzymskie, z poszanowania ostatniéj woli spadkobiercy, zachowywało w mocy, ustanowienie dziedzica pod warunkiem prawu przeciwnym uczynione, poczytując jedynie warunek taki za niepisany. Prawodawca francuzki, dla zasługi wolności obywatelskiéj i religijnéj zachował zasadę prawa rzymskiego i rozciągnął ją na darowizny (ustawa z 5 i 11 Września 1791 r. z 5 Brum i z 17 Niv. roku II). Przepisy te przeszły także do kodexu Napoleona.

*b*) W aktach szczodrobliwości, głównym zamiarem darującego jest, dostarczenie obdarowanemu korzyści, dla tego raczéj poświęca się zastrzeżenie warunku, byle zamiar główny został ziszczony. Przeciwnie w aktach obowiązkowych warunek nie jest szczegółem ubocznym, ale składa część głównego, jednego zamiaru strony, dla tego jeżeli prawu jest przeciwny, wraz z nim cała umowa moc swoją traci.

c) *Z powodu przybycia dzieci.*

1) *Darowizna nieruchomości wspólności, uczyniona przez oboje małżonków jest ważną. K. C. art.* 1422.

2) *Rękojmia za darowiznę, uczyniona przez trzeciego na wypadek odwołania z powodu przybycia dzieci, jest ważną.* K. C. art. 963. i 965.

3) *Jeźli oboje małżonkowie ogólnie poręczyli za uczynioną przez siebie darowiznę, a następnie jeden małżonek zostanie uniwersalnym legataryuszem drugiego, wówczas dla danéj ze swéj strony rękojmi, nie może odwołać darowizny z powodu przybycia dziecka w powtórném małżeństwie.*

4) *Również nie ma on prawa domagać się wydania darowanéj nieruchomości dla tego, iż jako dziedzic współdarującego, jedynie za pokonanie prawem odpowiada. Sirey* 1867. r. 2. s. 9 1868. 1. s. 109. *)
(Wyroki: Trybunału w *Pamiers* 18 Sierpnia 1865 r. Sądu Appellacyjnego, w *Toulouse* 24 Marca 1866 r. i Sądu Kassacyjnego 19 *Lutego* 1868 *r*).

*Co do zdania 1-go.*

Dzisiaj ustaloną już jest opinia, tak w teoryi jak i w praktyce, że nieważność darowizny przewidziana w art. 1422.K.C. nie jest bezwzględną, ale tylko na korzyść żony ustanowioną. Wskutku tego żona może się zrzec zastrzeżonego jéj prawem dobrodziejstwa. Ona jest współwłaścicielką nieruchomości wspólności i może rozporządzać swoją niepodzielną częścią. (Table décenn. pod Commun conjug Nr. 81. Aubray i Rau według *Zachariae* T. 4 § 509. s. 280). Inaczéj *Massé* i *Vergé* T. 4. § 642. s. 91. *Marcadé* Nr. II. do art. 1421.-1423). W jurisprudencyi Badeńskiéj opinia ta nigdy nawet nie była wątpliwą (*Stabel* Druckbogen über Güterrecht der Ehegatten s. 23).

---

(*) Wydawca wykazuje, że zdanie to (4-te) jest mylném.)

*Co do zdania 2-go.*

Jeżli oboje małżonkowie czyniąc darowiznę nieruchomości wspólności, zaręczają ogólnie za darowiznę nawet na wypadek odwołania takowéj z powodu przybycia dzieci, wówczas mąż względnie do współwłasności żony, jest osobą trzecią, i przeciwnie. Zaręczenie takowe nie jest bynajmniéj *poręczeniem* ale *rękojmią*. Albowiem poręczenie dane zazrzeczenie się przez darującego odwołania, byłoby ze względu na art. 2012 ustęp 1. i art. 965. oraz art. 2013. ustęp 1. nieważne. A przytém poręczyciel ma zawsze regres do głównego dłużnika (art. 2028, ustęp 1). a takowego, zaręczający do darującego mieć nigdy nie może.

Rękojmia w danym razie nie ma na celu zachowanie spokojnego posiadania, ale tylko wynagrodzenie szkód i strat za pokonanie prawom.

Pogląd historyczny wyświeci naturę odwołalności darowizny z powodu przybycia dziecka. Instytucya ta bierze początek z l. 8. C. de revoc. donat (8. 56) Mowa tam o darowiźnie uczynionéj przez patrona wyzwoleńcowi, ale praktyka rozciągnęła ten przepis na wszelkie darowizny (*Puchta*, Pand: 9. wydanie § 70 uw. d).

Królewskie postanowienie z 1731 r. uświęciło praktykę W obradach nad kodeksem Napoleona, proiekt pierwotny odwołalność darowizny z powodu przybycia dziecka skassował, przecież zdanie przeciwne przeważyło i kodeks zatrzymał wspomnioną odwołalność Zdanie to polega na następującém zapatrywaniu: Jeżeli osoba bezdzietna czyni darowiznę, to przypuszcza że niebędzie już miała prawych dzieci. Miłość rodzicom względem dzieci właściwa, upoważnia do domniemania, iż gdyby darujący spodziewał się był, że będzie miał jeszcze dzieci, darowizny nie byłby uczynił. Darowizna tedy takowa uważaną być musi za ograniczoną domyślnym warunkiem rozwiązującym, że darujący dzieci mieć nie będzie. Odwołalność darowizny ustanowioną jest nietylko w interesie darującego, ale także na korzyść dzieci, i ze względu na spo-

kój w rodzinie, więc dla względów publicznych. Dla tego darujący nie może się zrzec takowego odwołania. (*Démolombe* Nr. 717. 718. 777. T. 20). Przeciwnie takowe następuje z samego prawa, nawet w brew woli darującego. (art. 960. 965. K. C. *Marcadé*, T. 3. do art. 965. *Zachariae* IV § 709. Nr. 2).

*Co do zdania 3-go.*

Ustaloną jest zasada prawa spadkowego, że dziedzic przychodzący do spadku z prawa lub ostatniéj woli, wyobraża osobę zmarłego, i wszystkie tegoż zobowiązania dopełnić powinien. Jeźli tedy oboje małżonkowie uczynili darowiznę i oboje łączną dali rękojmię na wypadek przybycia dzieci, a potém jeden małżonek drugiego odziedziczy i w powtórném małżeństwie dzieci mieć będzie, to jako ojciec (lub matka) dziecięcia, niemoże zrzec się odwołania darowizny, ale jako dziedzic zmarłego małżonka, z rękojmi za utrzymanie darowizny odpowiada (*Sirey* 1845. 1. s. 309. *Journal de Palais* 1845. 1. s. 211).

*Co do zdania 4-go*

wydawca zastanawia się nad zasadą „*Quem de evictione tenet actio, eundem repellit exceptio*" Zasadę tę z pospolitego prawa niemieckiego poczerpniętą nowoczesna teorya porzuciła. *Vangerow*, Pandekten 7 wydanie, T. I. §. 334. s. 660, 661. W danym przypadku zasadzie téj sprzeciwia się wyraźnie l. 31. C. de evict. (8. 45.) Co do prawa francuzkiego, Kodex nigdzie rzeczonéj zasady nie uświęcił. Przeciwnie zawiera on wyraźny od téj zasady wyjątek, który i w niniejszym wypadku znajduje zastosowanie. Wyjątek ten zawarty jest w art. 1560. ustępie 2. Dla tego w duchu kodeksu Cywilnego, względnie *do zdania 4-go*: *małżonek ma prawo domagać, się wydania darowanéj nieruchomości, a jako dziedzic, odpowiada obdarowanemu, za szkody z powodu pokonania prawem.*

*Dr. Stanisław Madejski.*